Org. Gilmar Ferreira Mendes

Jurisdição e Processo Constitucional

idp
Escola de Direito de Brasília - EDB

Gilmar Ferreira Mendes (Organizador)

Jurisdição e Processo Constitucional

1ª edição

Autores

José Wilson Ferreira Lima

Danilo Amâncio Cavalcanti

Éder Pereira de Assis

Eitel Santiago de Brito Pereira

Flávia Martins Affonso

Flavia Pollyana Dias Siqueira

Gabrielle Tatith Pereira

Isabela Do Rosário Lisboa Martins

João Trindade Cavalcante Filho

Linda Cristina Khan

Roberto Carlos Martins Pontes

Tito Souza do Amaral

Instituto Brasiliense de Direito Público

Brasília

2015

Conselho Editorial:

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

MENDES, Gilmar Ferreira
Processo e Jurisdição Constitucional/ Organizador Gilmar Ferreira Mendes – Brasília : IDP, 2015.

Disponível em http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks
264 p.

ISBN 978-85-65604-60-4
DOI 10.11117/9788565604604

1. Processo Constitucional. 3.Jurisdição Constitucional.

CDD 341.2

SUMÁRIO

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

José Wilson Ferreira Lima[1]

RESUMO: O presente artigo enfoca a atuação da Jurisdição Constitucional no âmbito da proteção à Dignidade da Pessoa Humana e tem por objetivo evidenciar a importância que essa forma de jurisdição assumiu no contexto do Estado de Direito, em especial na defesa dos direitos individuais fundamentais, como instrumento indispensável à garantia e à proteção destes, tudo isso como decorrência do movimento constitucionalista, que permeou a formação do ordenamento jurídico-constitucional na República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Dignidade da Pessoa Humana. Defesa. Proteção. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: This article focuses on the performance of the Constitutional Jurisdiction under the protection of Human Dignity, and aims to highlight the importance this form of assumed jurisdiction under the Rule of Law, particularly in the defense of fundamental individual rights, as an indispensable instrument the guarantee and protection, all as result of the constitutionalist movement, which has permeated the formation of constitutional law in the Federative Republic of Brazil.

Key-words: Constitutional Jurisdiction. Dignity of the Human Person. Defense. Protection. Fundamental Rights.

---

[1] Aluno do Curso de Mestrado Acadêmico do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

1 INTRODUÇÃO

Entre outros importantes fatos culturais, as Revoluções Americana e Francesa foram marcos decisivos na história do constitucionalismo moderno, tendo muito contribuído para o atual panorama político e jurídico dos Estados. As declarações de direitos americana e francesa se destacaram, em especial, ante à inspiração jusnaturalista que as consubstanciaram, sobressaltando-se, nesse ponto, o reconhecimento ao ente humano dos direitos naturais, caracteristicamente inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis (SARLET, 2009a, p. 44).

A Declaração de Direitos do Povo da Virgínia (Estados Unidos, 1776) marcou a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais; já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) decorreu da revolução que provocou a queda do antigo regime e a instauração de uma ordem burguesa em França (SARLET, 2009a, p. 43-44).

Atualmente, verifica-se que todos os países têm sua conformação básica planificada numa Constituição: "Passados duzentos anos, todos os países do mundo, com exceção do Reino Unido, Nova Zelândia e Israel, exibem uma constituição escrita própria, fundada nos princípios do constitucionalismo moderno" (DIPPEL, 2007, p. 1-2). Como se percebe, o constitucionalismo é um importante marco referencial, que se sedimentou ao longo dos dois últimos séculos.

A proteção aos direitos civis, a aspiração popular pela liberdade, o controle e a limitação do poder do soberano e, depois, a própria ideia de separação de poderes, tudo isso traçou os limites que serviram de parâmetro para a estruturação do constitucionalismo.

Democracia e liberdade, Estado de Direito e proteção aos direitos fundamentais são aspectos marcantes do movimento constitucionalista, que passaram a ser enfocados e dogmatizados de forma sistêmica, em razão da

busca por mecanismos que possibilitassem a emancipação do indivíduo frente ao poder do Estado.

Não se pode olvidar que o movimento constitucionalista também foi positivamente marcado pela influência e pelas conseqüências das grandes guerras mundiais do século XX:

> Uma das características marcantes do constitucionalismo do segundo pós-guerra é a elevação da dignidade da pessoa à categoria de núcleo axiológico constitucional e, portanto, a valor jurídico supremo do conjunto do ordenamento, com caráter praticamente generalizado e em âmbitos sócio-culturais muito díspares [...] (SEGADO, 2003, p. 3, tradução nossa).[2]

A República Federativa do Brasil colheu os frutos desse movimento e, porque também inspirada noutros estatutos constitucionais de vanguarda, acolheu o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um de seus fundamentos, sendo esse um importante valor a ser destacado na Carta constitucional brasileira, na medida em que apregoa, implicitamente, que não há outra finalidade do Estado senão a de que seus atos e decisões tenham sempre por objeto a busca incessante pelo respeito à dignidade humana.3 Aliás, no arcabouço histórico brasileiro, há que se ressaltar que "sem precedentes em nossa evolução constitucional foi o reconhecimento, no âmbito do direito positivo, do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que não foi objeto de previsão no direito anterior" (SARLET, 2009a, p. 96).

Em verdade, todo esse processo evolutivo dentro dos limites próprios do constitucionalismo, evidenciou a relação umbilical entre o Estado, os direitos fundamentais e o indivíduo, sendo irrecusável a lição geral que disso resulta que o centro de defesa dos direitos humanos é a vontade de proteger os indivíduos (KATEB, 2011, p. 32, tradução nossa).4

Paralelamente a isso, eis que a Jurisdição Constitucional desenvolveu-se e se estabeleceu como um mecanismo que, em boa medida, se mostrou

---

[2] "Uno de las rasgos sobresalientes del constitucionalismo de la segunda posguerra es la elevación de la dignidade de la persona a la categoria de núcleo axiológico constitucional, y por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental, y ello con carácter prácticamente generalizado y en ámbitos socio-culturales bien dispares [...]"

[3] Essa é, também, a finalidade da Sociedade e da Família.

[4] "The general lesson is that the center of the defense of human rights is the will to protect individuals".

instrumentalmente eficaz no bojo do Estado de Direito, uma vez que sua atuação tem permitido a melhor e a mais adequada interpretação das normas e dos princípios constitucionais, o que viabiliza a aplicação do direito constitucional visando à máxima realização dos direitos fundamentais e, por conseguinte, a proteção da dignidade da pessoa humana. Além disso, é preciso que os direitos e valores constitucionalmente tutelados recebam proteção efetiva inclusive em relação ao legislador, para que este não atue de modo a reduzir ou mesmo anular esses tais direitos, atingindo-os em sua parte mínima de existência e eficácia:

> A garantia do 'conteúdo essencial' do direito pressupõe a existência de uma barreira intransponível pelo próprio legislador, que protege um núcleo imediatamente constitucional e, por isso mesmo, irredutível do direito, que de forma alguma pode ser limitado (SEGADO, 2003, p. 93, tradução nossa).[5]

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição da República (1988) cuidou de relacionar no rol inaugural de seu catálogo de princípios a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III), o que evidencia uma especial atenção do legislador constituinte com esse fundamento do Estado brasileiro (BRASIL, 2011a).

Se a dignidade, em sua semântica comum, tem o sentido de autoridade moral, honestidade, honra e respeitabilidade (FERREIRA, 1986, p. 589), por certo sua inserção no texto constitucional teve o objetivo de conferir-lhe e acrescentar-lhe um sentido especial, com alcance metalinguístico, dando-lhe qualificação própria de um instituto político e jurídico, mas especificamente voltado para a proteção do ente individual.

Conceitualmente, tem-se a dignidade da pessoa humana como:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres

---

[5] "La garantía del 'contenido esencial' del derecho supone, pues, la existencia de una barrera insalvable por el própio legislador, que protege un núcleo inmediatamente constitucional y, por lo mismo, irreductible del derecho, que en modo alguno puede ser limitado".

> fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2009b, p. 37).

Numa perspectiva mais restrita, somente é possível associar-se a dignidade, enquanto qualidade moral, ao ente humano, de sorte que, com essa avaliação, pode-se entender a redundância contida na expressão dignidade da pessoa humana. Todavia, o propósito de se empregar tal expressão conecta-se ao objetivo principal da norma constitucional, que é o de destacar a especial relevância que o legislador constituinte buscou atribuir ao ente humano, enfocado individualmente. Nesse ponto, é suficiente considerar que a dignidade da pessoa humana encontra-se proximamente envolvida e associada a outros princípios de envergadura constitucional que, embora não menos importantes, têm características de entes coletivos, como o são a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e o pluralismo político.

O Estado, considerado na perspectiva da política, compreendido como "atividade dirigida para o estabelecimento e a manutenção de uma ordem social" (KELSEN, 2001, p. 355), não pode produzir ações nem omissões que acarretem ofensas ou prejuízos ao patrimônio moral ou material do indivíduo, ou seja, sempre que agir ou se omitir o Estado não poderá deixar de considerar a norma constitucional que exige respeito ao ente humano em relação ao seu atributo mais elementar e mais importante: a "dignidade". É da essência do Estado, qualificado como democrático e de direito, a proteção a esse fundamento.

Ao reconhecer na dignidade da pessoa humana um valor a ser protegido, o constituinte exerceu positivamente uma forma de "atividade política, com a finalidade de regulamentar a conduta social dos homens" (KELSEN, 2001, p. 349) e, desse modo, respeita-se a "dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus

semelhantes" (MENDES; BRANCO, 2012, p. 315-316). Sob esse ponto de vista, esclareça-se que "a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros", assim como o "fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças" (SARLET, 2009b, p. 32).

Diz-se, a esse respeito, que:

> [...] quando se fala em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito à existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais à dignidade da pessoa (SARLET, 2004, p. 69-70).

Sob o viés jurídico, não basta que o Estado brasileiro eleve a dignidade da pessoa humana ao status de princípio constitucional. Faz-se necessário, ainda, que crie os meios eficazes para protegê-la, não apenas em face de suas próprias ações ou omissões, mas também quanto àquelas outras produzidas por particulares. A propósito, convém frisar que a constitucionalização do dispositivo em apreço conferiu-lhe o duplo sentido de norma positivada (regra) com conteúdo de princípio (fundamento). Por conta disso, a força normativa da Constituição há de ser empregada de modo a resguardar integralmente o ente humano dos ataques de seus pares (entes privados), assim como dos ataques porventura produzidos por agentes públicos, atuando em nome do Estado, de forma ilícita ou contrária aos preceitos da ordem política e jurídica em vigor. O Estado, a Sociedade e a própria Família devem sempre ter em consideração, ao planejarem suas ações, que o "centro de gravidade do ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana" (BRASIL, 2012a, p. 9).

Além disso, é importante considerar, ao se tratar da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, que a rigor "nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada" (SARLET, 2009a, p. 387), o que leva a ponderar que mesmo a dignidade da pessoa humana encontra-se suscetível de alguma possível forma de restrição. Entretanto, há

que se ter em conta que há um limite último a ser observado, sem o qual o direito fundamental deixaria de existir. Assim, sua existência como direito está associada e condicionada à intangibilidade de uma parte sua, dita essencial.

A propósito, doutrinariamente, tem-se postulado que "um direito fundamental existe desde sempre com o seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já 'nasce' com os seus limites" (SARLET, 2009a, p. 388). Contudo, sob outro enfoque, há na doutrina postulado diverso, no sentido de que, inicialmente, tem-se o direito ilimitado, mas este, "mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado" (SARLET, 2009a, p. 389). No primeiro caso, tem-se a denominada Teoria Interna e, no segundo, a Teoria Externa.

Assim, antevendo a possibilidade de colisões entre direitos fundamentais, Sarlet (2009a, p. 389) entende que a Teoria Externa é a que se encontra mais apta a permitir a reconstrução argumentativa dessas colisões, a partir da compreensão da imposição de limites aos direitos, que encontram balizamentos nos chamados limites do limites.

Estas restrições finais aos direitos fundamentais correspondem, em linha de definição, às "ações ou omissões dos poderes públicos [...] ou de particulares que dificultam, reduzem ou eliminam o acesso ao bem jurídico protegido" (SARLET, 2009a, p. 391). Ocorrendo esse tipo de ataque ao direito fundamental, ter-se-ia, por conseguinte, de um lado, a afetação do exercício desse direito, considerado na perspectiva subjetiva, e, de outro lado, a própria redução dos deveres estatais de garantir e de promover esse mesmo direito, na perspectiva objetiva (SARLET, 2009a, p. 391).

A dignidade de pessoa humana, enquanto direito fundamental, reclama intensa proteção, de modo a evitar sua banalização, uma vez que foi alçada ao status de fundamento do Estado brasileiro. Enfatiza-se, por conta disso, que o núcleo essencial de um direito fundamental corresponde à parcela deste sem a qual ele atinge seu ponto mínimo de eficácia e, por isso, descaracteriza-se como direito fundamental, deixando de assim ser identificado. A lógica dessa compreensão assenta-se na perspectiva de que, uma vez violado o núcleo essencial de um direito fundamental, este deixará de existir como tal:

> [...] a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia. A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostas – inclusive diretamente – a particulares (SARLET, 2009a, p. 402).

O Estado de Direito firmado na Constituição de 1988 impôs, a título de vedação explícita, a intangibilidade dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV), impedindo, com isso, qualquer ação política ou jurídica tendente à violação do ente humano, titular de inúmeros direitos consagrados e positivados como fundamentais. Nessa seara, encontra-se a proteção à intangibilidade da dignidade da pessoa humana, que corresponde a "uma manifestação constitucional em prol da tutela do núcleo essencial" (SARLET, 2009a, p. 402). Coerentemente com esse sistema, diz-se que “eventuais limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição” (SARLET, 2009a, p. 395).

Dada à dimensão própria da dignidade da pessoa humana, ela é vista como a base dos Direitos Humanos6 (KATEB, 2011, p. 1, tradução nossa), o que mais justifica seu tratamento como norma constitucional que, por conta mesmo dessa natureza, encontra-se reforçada pela norma de mesma envergadura, que impõe à República Federativa do Brasil a estrita observância ao princípio da prevalência dos direitos humanos, nos termos do art. 4º, II, da Constituição (BRASIL, 2011a). Nesse sentido, compreende-se que "[...] a ideia de dignidade humana não serve apenas para ajudar a defender a teoria dos direitos individuais, mas também dá uma perspectiva sobre a dignidade da espécie humana" (KATEB, 2011, p. 5, tradução nossa).7

Ante a evidente relevância desse tema, sua abordagem ganhou especial valoração após a Segunda Guerra Mundial, quando várias Constituições dispuseram expressamente acerca da dignidade da pessoa humana como

---

[6] "Human dignity is thus perceived to be the basis for human rights".
[7] "[…] the idea of human dignity not only serves to help defend the theory of individual rights but also gives a perspective on the dignity of the human species".

categoria específica do direito, o que revela algum comprometimento do Estado para com o indivíduo. Seguramente, foi no “século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que […] novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados […], além de serem objetos de diversos pactos internacionais” (SARLET, 2009a, p. 47-48). Consequentemente, a expressa referência à dignidade da pessoa humana, no texto das Cartas Políticas, passou a ser um "tema típico e atualmente central para muitos Estados Constitucionais" (HÄBERLE, 2009, p. 46). A propósito disso, a Constituição italiana prescreveu:

> Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e econômica que limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País (ITÁLIA, 1947).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por sua vez, dispôs que "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade" (ONU, 1948).

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha expressou que a "dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público" (ALEMANHA, 1949).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, estabeleceu que "Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano" (COSTA RICA, 1969).

Seguindo nessa mesma linha, a Constituição da República portuguesa proclamou-se um "Estado soberano, baseado na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhado na construção de uma sociedade livre, justa e solidária" (PORTUGAL, 1976).

A Constituição espanhola prescreveu que a "[...] dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social" (ESPANHA, 1978).

O Estado colombiano, em seu estatuto constitucional, afirmou ser um Estado "[...] baseado no respeito da dignidade humana, no trabalho e na solidariedade dos indivíduos que pertencem a ela, e a predominância do interesse geral" (COLOMBIA, 1991).

A Constituição mexicana, mais antiga, também se ocupou dessa questão, ao dispor:

> Resta proibida toda a discriminação motivada pela origem étnica ou nacional, de gênero, de idade, de deficiência, de condição social, de estado, de saúde, de religião, de opiniões, de preferências sexuais, de estado civil ou qualquer outra que atente contra a dignidade humana e tenha por objeto anular ou prejudicar os direitos e liberdades das pessoas (MÉXICO, 1917).

Mais recentemente, a República Democrática do Timor-Leste firmou ser um "Estado de direito democrático, soberano, independente e unitário, baseado na vontade popular e no respeito pela dignidade da pessoa humana" (TIMOR-LESTE, 2002).

Seguindo nessa mesma direção, a União Europeia (2000) anunciou no preâmbulo de sua Carta de Direitos Fundamentais que sua constituição:

> [...] baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação.

Em suma, a Dignidade de Pessoa Humana, enfocada como consequência da adoção do regime constitucionalista pelos Estados, adquiriu no último século forte expressão de valor jurídico, sendo alçada à condição de direito fundamental, no bojo das mais destacadas entidades políticas e de suas respectivas Constituições e Leis Fundamentais.

3 DIREITO FUNDAMENTAL

Conquanto disposta como um dos preceitos fundamentais da República Federativa do Brasil, a dignidade de pessoa humana foi estrategicamente concebida pelo legislador constituinte como parte de um instrumental político, jurídico e social, que tem por objetivo permitir avanços no desenvolvimento do indivíduo, ao mesmo tempo em que pretende reforçar e destacar o papel do legislador na criação do direito a partir da realidade, evidenciando, com isso, que o legislador é o criador de uma parte da esfera pública e da realidade da Constituição, responsável em propiciar os meios para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais (HÄBERLE, 1997, p. 27).

Nesse contexto, a produção de atos normativos que regulem ou tenham incidência no campo dos direitos fundamentais e que por isso mesmo possam afetar, de algum modo, a dignidade humana, deve decorrer de acordos políticos suficientemente refletidos e perfeitamente ajustados à ordem constitucional. Sob esse foco, não se pode perder de vista que:

> Por vezes, o embate político prepondera quando se trata da aprovação de leis polêmicas que envolvam interesses por demais conflitantes, quase sempre lastreados nas discussões fundadas em questões econômicas e sociais, o que não quer dizer, contudo, que questões políticas possam ser traduzidas sob a forma de leis inconstitucionais, tão-somente pela prevalência da força do argumento político (LIMA, 2012, p. 110).

Dessa forma, o poder transformador do legislador pode ser sintetizado em enxergar a realidade social e dela extrair os valores mais essenciais para, em seguida, traduzir as aspirações gerais em normas de regramento, que permitam não apenas as garantias mínimas de fruição dos diversos direitos por todos, como também dê a cada indivíduo as garantias básicas de que a sua dignidade será preservada em quaisquer circunstâncias. É nessa esfera que o direito fundamental nomeado "dignidade da pessoa humana" assume especial destaque no que se refere ao âmbito de defesa e de proteção individual, em sua dimensão específica de direito fundamental, devendo-se buscar, a partir

dessa perspectiva, a interpretação que melhor atenda ao exercício do direito no plano individual:

> [...] a força expansiva de todo direito fundamental restringe o âmbito de aplicação das regras que estabelecem limites para o exercício de um direito; daí a exigência, reiteradíssima, do 'intérprete supremo da Constituição', de que os limites dos direitos fundamentais devem ser interpretados com critérios restritivos e da maneira mais favorável à eficácia e à essência desses direitos (SEGADO, 2003, p. 85, tradução nossa).[8]

Reconhecidamente, os direitos fundamentais individuais assumem sentido dúplice, na medida em que se considerados direitos de defesa, o são como "direito cujo conteúdo se traduz em exigir que o próprio Estado se abstenha de intervenções coativas na esfera jurídica de particulares" (CANOTILHO, 2004, p. 76); se tratados, entretanto, como direitos de proteção, correspondem aos "direitos constitucionais que apontam para a necessidade de o Estado conformar a ordem jurídica, [...], de modo a evitar a violação dos direitos dos particulares por parte de outros sujeitos privados" (CANOTILHO, 2004, p. 76-77).

Mas para uma atuação eficaz, na perspectiva da proteção do indivíduo, foi preciso que o legislador identificasse os direitos fundamentais e, a partir do exercício de atividade essencialmente política, estabelecesse uma codificação jurídica, que conduzisse ao regime de institucionalização de direitos fundamentais:

> O direito a iguais liberdades subjetivas de ação concretiza-se nos direitos fundamentais, os quais, enquanto direitos positivos, revestem-se de ameaças de sanções, podendo ser usados contra interesses opostos ou transgressões de normas. Nesta medida, eles pressupõem o poder de sanção de uma organização, a qual dispõe de meios para o emprego legítimo da coerção, a fim de impor o respeito às normas jurídicas (HABERMAS, 2003, p. 170).

---

[8] "[...] la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas que establecen límites al ejercicio de un derecho; de ahí la exigencia, reiteradísima por el 'intérprete supremo de la Constitución', de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos".

O catálogo de direitos fundamentais disposto na Constituição brasileira compreendeu não apenas o esforço no sentido de se positivarem todos os direitos naturais inerentes ao homem, consolidando-os, como também teve o propósito de constituir um conjunto de mecanismos eficientes que pudessem garantir a livre fruição desses direitos. Aliás, essa tem sido a tônica do constitucionalismo moderno que, a par de numerosos e crescentes limites constitucionais garantidores, vem sistematizando os chamados "valores constitucionais" (PALAZZO, 1989, p. 16-18). Consequentemente, a Constituição passou a ser o "instrumento capaz de ofertar um catálogo de bens merecedores de tutela" (PALAZZO, 1989, p. 84-85).

Frutos de valorosas contribuições extraídas do campo filosófico e teórico, importa ter em conta que se "determinados direitos fundamentais são válidos significa dizer que as estruturas necessárias e algumas das estruturas possíveis foram realizadas" (ALEXY, 2008, p. 32). Reconhece-se, por assim dizer, que o catálogo dos direitos fundamentais presente no texto constitucional pode ser considerado um dos avanços mais significativos concebidos pelo movimento constitucionalista:

> O constitucionalismo de matriz ocidental identificado agora com a democracia representativa e pluralista (a democracia politicamente liberal) impôs-se em nome da dignidade e dos direitos da pessoa humana e contra a falta de racionalidade dos demais regimes (MIRANDA, 2003, p. 99).

Nessa ordem de ideias, faz-se necessário, por vezes, o emprego do poder coercitivo estatal para debelar ofensas ou ameaças aos direitos fundamentais decorrentes, em especial, de ações produzidas por agentes públicos no exercício de atividades nomeadamente estatais, de modo a preservar a dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, paradoxalmente, tem-se o Estado atuando contra as suas próprias estruturas.

Por conta disso, numa relação de causa e efeito, os direitos fundamentais e suas garantias, presentes na Constituição (BRASIL, 2011a), têm eficácia vinculante imediata (MENDES, 1998, p. 32), de forma que, em princípio, nada poderia obstar o livre exercício de tais direitos, senão em face

de ações arbitrárias, contrárias às normas do ordenamento constitucional vigente.

Sob outra óptica, deve-se ter em consideração que há situações em que "a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito" (MENDES, 1998, p. 41), o que conduz a uma problemática específica própria da seara dos direitos fundamentais, que pode afetar a plena satisfação da dignidade da pessoa humana.

Assim, afigura-se inconciliável um regime de proteção aos direitos fundamentais, quando ausentes as condições materiais e formais ao livre exercício deles. Surge aí uma questão paradoxal, intimamente associada à liberdade política de atuação de diversos agentes públicos, entre eles o próprio legislador, que deixa de produzir a lei necessária à satisfação do direito pelo particular, ou mesmo quando a produz dá vigência a leis contrárias aos parâmetros constitucionais, sendo elas, por vezes, flagrantemente inconstitucionais: "Não é redundante afirmar que o ordenamento jurídico foi preordenado para receber leis constitucionais, da mesma forma que o Poder Legislativo foi constitucionalmente concebido para produzir leis constitucionais" (LIMA, 2012, p. 110). Inexoravelmente, isso leva a concluir que:

> [...] a garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra a intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade. [...] não apenas a existência de lei, mas também a sua falta pode revelar-se afrontosa aos direitos fundamentais (MENDES, 1998, p. 40).

Nessa medida, entendendo-se os direitos fundamentais como "direitos de defesa", resta evidente que, por exemplo, uma eventual mora do legislador (omissão) ou deficiência da norma legislada afeta, sem dúvida, o indivíduo em sua esfera de liberdade ou de fruição de seus direitos, o quê, reflexamente, inviabiliza a satisfação plena da dignidade da pessoa humana. A propósito disso, é pacífico que:

> [...] como direitos do homem e do cidadão, os direitos fundamentais são, uma vez, direitos de defesa contra os poderes estatais. Eles tornam possível ao particular defender-

> se contra prejuízos não autorizados em seu status jurídico-constitucional pelos poderes estatais no caminho do direito (HESSE, 1998, p. 235).

Assim, diante de um possível quadro de conflito, permeado, por um lado, pela ausência ou pela precariedade normativo-legislativa, quanto aos regramentos necessários e, por outro lado, tendo-se o indivíduo tolhido na sua esfera de liberdade e/ou de fruição de direitos, somente resta possível a intervenção estatal da Jurisdição Constitucional para debelar essa situação e construir, a partir de parâmetros interpretativos e constitucionais, a solução que seja mais justa e adequada, respeitando-se as possibilidades materiais disponíveis.

Certamente, foi visando dar cumprimento a essa missão que a Jurisdição Constitucional estruturou-se a partir de bases filosóficas, políticas e jurídicas produzidas pelo movimento constitucionalista moderno.

4 A ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Dois importantes eixos de atuação marcam as competências da Jurisdição Constitucional: a) o Controle de Constitucionalidade e b) a Defesa dos Direitos Fundamentais. No caso brasileiro, o exercício dessa especial forma de jurisdição encontra-se inserida nas competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, a quem foi atribuída a guarda da Constituição em caráter precípuo, nos termos do art. 102 da Constituição (BRASIL, 2011a). Essas competências trazem ínsito um conjunto de consequências, que têm como principal desdobramento a busca pela efetivação dos direitos fundamentais e pela defesa plena do Estado de Direito.

Paralelamente, ao Tribunal incumbe, também, à interpretação da Constituição, seja para a correta aplicação das normas estatuídas, seja pela busca da forma mais adequada e justa de efetivação dos princípios nela consagrados. A guarda da Constituição e sua correta interpretação afiguram-se competências de elevada relevância para a preservação do Estado de Direito:

> Para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais, prevê o direito vigente, [...], um controle amplo de sua observância pelo poder judiciário. Esse controle serve não só à proteção jurídica individual, portanto, à realização dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos, mas, não menos, também, à sua proteção como partes integrantes da ordem objetiva da coletividade (HESSE, 1998, p. 269).

No exercício dessa especial competência, por diversas vezes o Supremo Tribunal Federal abordou a temática ligada à proteção da dignidade da pessoa humana, confirmando e consolidando esse princípio como um vetor que tem incidência em todo o ordenamento jurídico-constitucional. O Tribunal destacou que o postulado da dignidade da pessoa humana expressa "significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País" e desse modo "traduz [...] um dos fundamentos em que se assenta, [...], a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo" (BRASIL, 2011b, não paginado).

A despeito de o Estado brasileiro não operacionalizar os meios eficazes na gestão das mais relevantes questões públicas, notadamente aquelas que seriam necessárias ao cumprimento de suas obrigações no campo social (saúde, educação, segurança, emprego, economia etc.), é justamente a Jurisdição Constitucional que se apresenta como o último recurso para se obter a satisfação dos direitos e das liberdades constitucionalmente protegidos, quase sempre obstacularizados por entraves criados nos mais diversos setores da Administração e dos Poderes Públicos.

Ao se buscar a atuação da Jurisdição Constitucional revela-se, intrinsecamente, a falha ou mesmo a precariedade da atividade legislativa, assim considerando que no "[...] sistema constitucional de tendencial separação de órgãos de soberania, cabe em primeira linha ao legislador assegurar a observância dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada" (CANOTILHO, 2004, p. 91).

Esses entraves, quase sempre de natureza administrativa ou legislativa, de índole econômica, política e/ou jurídica, principalmente, redundam numa

espécie de negação ao comando constitucional de onde o direito individual ou coletivo teve origem e positivação e, consequentemente, a solução da demanda migra da esfera política para a jurídica. Como efeito decorrente, tem-se que a "submissão dessas posições a regras jurídicas opera um fenômeno de transmutação, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas", o que conduz, portanto, à "juridicização do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política" (MENDES, 1998, p. 43, grifo do autor).

Desse modo, se por um lado tem-se afirmado que a "Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania" (BONAVIDES, 2003, p. 77), como mais razão pode-se afirmar que é justamente no âmbito da Jurisdição Constitucional que se encontra todo o aparato instrumental, político e jurídico necessário à salvaguarda da Constituição e de seus princípios.

Mas o ponto crucial na abordagem de questões constitucionais relativas aos direitos fundamentais do indivíduo centra-se na perspectiva jurídica de que não há direitos absolutos no ordenamento pátrio e, por conta disso, é real a possibilidade de conflitos entre princípios e valores de envergadura constitucional, o que demanda grande esforço técnico, filosófico, político e jurídico visando ao equacionamento mais justo e menos aflitivo, dentro de um quadro de possibilidades quase sempre bastante limitado:

> [...] não há direitos ilimitados e ainda menos direitos que possam ser exercidos de forma abusiva. E nessa ordem de considerações, a dignidade passou a operar como um limite frente ao exercício abusivo dos direitos (SEGADO, 2003, p. 36, tradução nossa).[9]

Diante disso, há que se entender que a dignidade da pessoa humana é um importante princípio consagrado no ordenamento constitucional, sendo a vida um valor essencial, sem o qual não há se falar em dignidade (um

---

[9] "[...] no hay derechos ilimitados y menos aún pueden ejercerse los derechos abusivamente. Y en este orden de consideraciones, la dignidade ha venido a operar como un límite frente al ejercicio abusivo de los derechos".

exemplo). Todavia, em se tratando de valores e princípios, na perspectiva do constitucionalismo moderno, tudo há de ser relativizado e considerado no conjunto dos fatos concretos e no âmbito estrito da ordem normativa:

> É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema (MENDES, 2007, p. 83).

A propósito disso, a situação discutida em sede da arguição de descumprimento de preceito fundamental (APDF 54/DF), no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2004), é bastante ilustrativa.

Inspirada na ocorrência de violação da dignidade da pessoa humana, como preceito fundamental, entre outros preceitos apontados como também violados, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ajuizou no Supremo Tribunal uma arguição, buscando a declaração da inconstitucionalidade da interpretação de alguns dispositivos do Código Penal (arts. 124, 126 e 128, I e II)10 (BRASIL, 1940), para reconhecer o direito subjetivo de uma gestante se "submeter ao procedimento de interrupção da gravidez, sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado" (PETIÇÃO INICIAL, 2004, p. 22).

A ação em questão teve respaldo no art. 102, § 1º, da Constituição (BRASIL, 2011a), que foi regulamentado pela Lei 9.882/1999, disciplinadora do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo Supremo Tribunal (BRASIL, 1999).

---

[10] Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena - detenção, de um a três anos.
Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de um a quatro anos.
Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.
Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

No bojo da indicada ADPF 54/DF, a dignidade da pessoa humana foi disposta como preceito fundamental e a busca por sua efetiva proteção foi o objeto da discussão. De um lado, foi posto o direito à vida de um ser que se desenvolvia no ventre materno (feto anencéfalo) e, de outro, o direito à mulher de interromper o ciclo da gestação, fazendo-se valer, entre outros direitos, do seu direito à dignidade enquanto pessoa humana.

Adiante, no julgamento da ação, esse direito restou destacado:

> A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres (BRASIL, 2012b, p. 78).
> A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral à saúde [...] (BRASIL, 2012b, p. 79).

Finalmente, ao avançar no mérito da ADPF 54/DF, o Tribunal julgou-a procedente e declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Assim como no caso ora destacado, em várias outras oportunidades o Supremo Tribunal Federal decidiu questões importantes, enfatizando e reconhecendo o princípio (ou preceito fundamental ou ainda o direito fundamental) da dignidade da pessoa humana, adotando-o como uma das premissas do *decisum*.

CONCLUSÃO

Após todas estas considerações, resulta claro que o ordenamento constitucional brasileiro dispõe de um vasto catálogo de princípios e valores, que viabilizam e permitem a construção de decisões judiciais e interpretações que mais valorizem o ente humano, tratando-o de forma digna, não apenas no sentido formal, mas buscando sempre compatibilizar o conteúdo material da decisão com a satisfação e o respeito efetivo que todas as pessoas merecem e devem receber de seus pares e do próprio Estado.

A efetivação da dignidade da pessoa humana não passa apenas pelo acolhimento ou pela procedência do pedido contido numa petição inicial, mas antes reclama que o julgador constitucional tenha em foco que o Estado, visto por qualquer de suas funções orgânicas estruturais (Judiciária, Ministério Público, Executiva e Legislativa), não é um fim em si mesmo, mas parte de um todo criado e mantido com o propósito de viabilizar o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

No quadro geral do Estado brasileiro, a Jurisdição Constitucional exerce especial competência no âmbito da tutela dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo responsável pela garantia de que o preceito fundamental da Dignidade da Pessoa Humana seja sempre um fim a ser observado e um valor a ser respeitado por todos os Poderes e órgãos da Administração Pública.

O respeito à Dignidade da Pessoa Humana deve ser uma prioridade de todos os setores que integram a República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental (1949). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In. **Anuário Ibero-americano de Justicia Constitucional**. Num. 7, 2003, p. 77-101. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/BonavidesJC.pdf>. Acesso em: 14 set. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

______. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 6 dez. 2012.

______. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 19 nov. 2012.

______. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental – 54**. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>. Acesso em: 19 nov. 2012.

______. Supremo Tribunal Federal. **HC 99.743/RJ**. Brasília, 2012a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2591360>. Acesso em: 22 nov. 2012.

______. Supremo Tribunal Federal. **RE 477.554 Agr/MG**. Brasília, 2011b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000178392&base=baseAcordaos>. Acesso em: 14 set. 2012.

______. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Relator proferido na ADPF 54**. Brasília, 2012b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

COLÔMBIA. Constituição (1991). **Constituição da Colômbia**. Disponível em: <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/colombia_const2.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

COSTA RICA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)**. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno**. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

ESPANHA. Constituição (1978). **Constitución Española**. Disponível em: <http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

FERRREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 45-103.

______. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: Entre a facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direitos constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

ITÁLIA. Constituição (1947). **La Costituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em: <http://www.comune.fi.it/costituzione/spagnolo.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

KATEB, George. **Human dignity**. US Cambrige: Harvard University Press, 2011.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LIMA. José Wilson Ferreira. **Limites constitucionais à produção legislativa do direito penal**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei 9.882, de 3.12.1999. São Paulo: Saraiva, 2007.

______. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

______; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÉXICO. Constituição (1917). **Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos**. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>. Acesso em: 13 set. 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 7. ed. Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ONU. Organização das Nações Unidas (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

PETIÇÃO INICIAL. Confederação Nacional dos Trabalhares na Saúde. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091>. Acesso em: 19 nov. 2012.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009a.

______. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009b, p. 15-43.

______. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

SEGADO, Francisco Fernández. **Estudios jurídicos-constitucionales**. Serie Doctrina Jurídica, n. 163. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

TIMOR-LESTE. Constituição (2002). **Constituição da República Democrática de Timor-Leste**. Disponível em: <http://www.tl.undp.org/undp/procurementrules/CONSTITUTION%20BOOK%20PRINTING%20JUSTICE%20PROJECT.pdf>. Acesso em: 12 set. 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Carta de Direitos (2000). **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 13 set. 2012.

O Mandado de Injunção e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Danilo Amâncio Cavalcanti

INTRODUÇÃO

O presente estudo mesmo que de maneira sucinta, tem como objetivo tratar da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede de Mandado de Injunção, a proposta é partir de um conceito geral para a inconstitucionalidade e adentrar na seara das omissões inconstitucionais especificamente no Mandado de Injunção.

Analisaremos quais espécies de omissão a jurisprudência classifica como passíveis de controle pela Suprema Corte, bem como estudaremos rapidamente como o Direito Comparado tem tratado as omissões inconstitucionais.

Por fim, estudaremos os aspectos processuais do Mandado de Injunção e analisaremos uma série de julgados que revelam uma significativa mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, saindo de uma posição inicial não concretista (MI 107) onde apenas se declarava a omissão inconstitucional, sem que a lacuna oriunda da omissão fosse colmatada, chegando a um posicionamento concretista geral (MI 670) onde a sentença tem natureza mandamental e eficácia *erga omnes*, e o Tribunal assume a tarefa de colmatar a lacuna gerada pela omissão legislativa.

2 A INCONSTITUCIONALIDADE

> Jorge Miranda diz que a constitucionalidade e a inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não

incompatível, que cabe ou não no seu sentido"[11]. O mestre lusitano afirma que não seu cuida de uma relação lógica ou intelectiva, mas de uma relação de caráter normativo e valorativo.

Gilmar Ferreira Mendes[12] diz que é essa relação de índole normativa que qualifica a inconstitucionalidade, pois somente assim logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo que contrarie a Constituição.

O conceito clássico de inconstitucionalidade pugna pela nulidade do ato considerado ofensivo a Carta Maior, todavia, o dogma da nulidade não é afirmado com a mesma convicção de antes, na lição de Gilmar Ferreira Mendes[13], "a disciplina emprestada aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo constituinte austríaco (1920-1929) e os desenvolvimentos posteriores do tema no direito constitucional de diversos países parecem recomendar a relativização dessa concepção unitária de inconstitucionalidade".

Hans Kelsen[14] afirma que uma constituição que não dispõe de uma garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é propriamente obrigatória, para o autor, não se afigura suficiente uma sanção direta ao órgão ou agente que promulgou o ato inconstitucional, uma vez que tal provimento não retira o ato do ordenamento jurídico, arremata o autor afirmando a necessidade da existência de um órgão que zele pela anulação dos atos incompatíveis com a Constituição.

Na lição de Orlando Bittar[15]:

> (...) dir-se-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a constituição prescreve para sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer

---

[11] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.
[12] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: São Paulo. Ed., 2012.
[13] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: São Paulo. Ed., 2012.
[14] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
[15] BITTAR, Orlando, A lei e a Constituição, in Obras completas de Orlando Bittar, Brasília, Conselho Federal de Cultura, 1978, v.2, p.39.

> em sanção – de nulidade ou de anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional".

Este estudo tem como foco as omissões inconstitucionais, atos que assim como as inconstitucionalidades combatidas pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade, devem ser expurgadas de nosso ordenamento jurídico, em especial, estudaremos as omissões oriundas do controle difuso de constitucionalidade combatidas através do Mandado de Injunção previsto no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal de 1988.

3 AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

Para Dirley da Cunha Junior o desrespeito à constituição não se limita à atuação inconstitucional, afirma o autor que:

> (...) tão grave quanto atuar em desconformidade com o texto supremo, é omitir-se em face de uma determinação nele contida. Assim, é tão inconstitucional uma ação normativa estatal em contraste com a Constituição, como uma omissão indevida em face desse mesmo diploma. Há pois, omissão inconstitucional quando, devendo agir para tornar efetiva norma constitucional, o poder público cai inerte, abstendo-se indebitamente. Mas essa omissão pressupõe o não cumprimento de uma norma constitucional individualizada, ou seja, certa e determinada.[16]"

As omissões inconstitucionais mereceram especial atenção do constituinte de 1988, tendo este criado tanto um mecanismo para combater a inconstitucionalidade no controle concentrado (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) previsto no artigo 103, § 2º da Constituição Federal com nítida inspiração na Constituição Portuguesa de 1976, quanto um mecanismo para combater a inconstitucionalidade no controle difuso (Mandado de Injunção), previsto no artigo 5º, inciso LXXI.

---

[16] CUNHA JUNIOR, Dirley, Curso de Direito Constitucional, cit., p. 396.

A seguir será apresentada uma classificação para as omissões inconstitucionais proposta por Joaquim Gomes Canotilho e se falará em linhas gerais sobre o mecanismo processual do Mandado de Injunção no combate a estas omissões em sede de controle difuso da constitucionalidade.

3.1 Da classificação das omissões inconstitucionais

A doutrina[17] comumente classifica as omissões inconstitucionais em total, parcial, formal, material, absoluta e relativa.

A omissão será total[18], quando a indevida abstenção do poder público é integral, consistindo, pois na absoluta falta de ação. Já a omissão parcial será aquela quando censurável o silêncio do transgressor do poder público ocorre somente em parte, ou seja, o poder público atua, mas de forma incompleta ou deficiente, sem atender fielmente aos termos exigidos pela constituição.

Quem distingue as omissões em formais e materiais[19] sustenta que a omissão pode originar de duas situações: (a) quando o legislador não emana qualquer preceito a realizar as imposições constitucionais; (b) quando as leis de cumprimento das imposições favorecem certos grupos, esquecendo outros, e (c) quanto essas leis de execução excluem arbitrariamente alguns cidadãos, total ou parcialmente das vantagens concedidas aos outros. Na letra (a) temos omissão total, aqui denominada formal, na letra (b) e (c) temos omissão parcial, aqui denominada material.

As omissões absolutas para Canotilho decorrem da violação de um dever legislativo autônomo. Já as omissões relativas partem da ofensa ao principio da igualdade. Nas omissões absolutas o legislador deveria necessariamente atuar, e se abstém por completo, nas omissões relativas ele poderia ficar inerte, mas resolve atuar, porém transgredindo o principio da

---

[17] CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1997, 1351 p.
[18] Id., 1997 p. 1352
[19] Id., 1997 p. 1352.

isonomia, seja por não contemplar certos segmentos, seja por excluí-los do benefício.

3.2 As Omissões Controláveis

Para Dirley da Cunha Junior[20], em face da Constituição de 1988, todo ato omissivo do poder público que inviabilize a efetividade de uma norma constitucional está sujeito ao controle abstrato de constitucionalidade. Assim, não apenas as omissões legislativas, mas também as omissões de medidas de natureza administrativa (como os decretos, os regulamentos, as instruções, as portarias, etc) estão sujeitas ao controle de constitucionalidade por via concentrada da ação direita de inconstitucionalidade por omissão, ou pelo controle na via difusa via Mandado de Injunção.

Neste ponto, percebe-se que o objeto do Mandado de Injunção é mais amplo que o da ADI, na ADI o objeto é um ato normativo positivo que deve necessariamente ter relação direta e imediata com a Constituição, de tal modo que dele ficam excluídos atos normativos secundários e os atos concretos, todavia, no Mandado de Injunção o objeto abarcado é qualquer medida ainda que secundária ou concreta, mas desde que necessária para tornar efetiva uma norma constitucional.

José Afonso da Silva[21], defende que o que a Constituição exige é a omissão para tornar efetiva norma constitucional, sem reclamar que sejam necessariamente normativas, tanto que pressupõe que a medida seja de responsabilidade de qualquer órgão político do Estado. Para os aludidos autores, a Constituição não exige que essas medidas tenham caráter normativo.

---

[20] CUNHA JUNIOR, Dirley, Curso de Direito Constitucional, cit., p. 855.
[21] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1999, 835 p.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que somente as omissões de medidas normativas podem constituir objeto de Mandado de Injunção.

3.3 A Omissão Inconstitucional no Direito Comparado

O tema “omissões inconstitucionais” tem despertado o interesse tanto da doutrina quanto da jurisprudência de vários países, o que faz com que seja de grande valia expor mesmo que em linhas gerais como que alguns países vem tratando do tema.

Júlio Fernandez Rodriguez[22] leciona que países como a Alemanha, Áustria, Itália e mais recentemente a Espanha, Costa Rica e Hungria, tem por meio de suas Cortes Constitucionais, logrado obter resultados muito semelhantes em razão da adoção de técnicas de interpretação e integração, que resultam em sentenças criativas e aditivas. A partir da inconstitucionalidade por ação, estes Tribunais acabam por julgar a inconstitucionalidade por omissão, ou seja, julgam não por aquilo que se prescreve, mas por aquilo que não se prescreve.

Dirley da Cunha Junior afirma que na Alemanha a jurisprudência do Tribunal Constitucional passou a admitir o controle das omissões através de um processo de concretização, quando a inércia do legislador obstava o exercício dos direitos fundamentais[23] e na Itália a Corte Constitucional vem solucionando o problema das omissões inconstitucionais modulando os efeitos de suas decisões, proferindo sentenças aditivas.

4- O MANDADO DE INJUNÇÃO

---

[22] JULIO, Jose Fernandez Rodriguez, La inconstitucionalidade por omisíon: Teoria Geral. Derecho Comparado. El caso espanhol, Civitas, 1998.
[23] CUNHA JUNIOR, Dirley, Curso de Direito Constitucional, cit., p. 416.

Idp MESTRADO

José Afonso da Silva[24] aponta que o Mandado de Injunção nasceu na Inglaterra, no séc. XIV, como remédio da *equity*. Surgiu assim para o autor um juízo da equidade, um remédio outorgado mediante juízo discricionário, quando falta norma legal regulando a espécie. Conclui o ilustre doutrinador que a fonte mais próxima do Mandado de Injunção é o *writ of injunction* do direito norte-americano, que serviu de inspiração, inclusive, para o próprio nome da referida ação constitucional brasileira.

Para Dirley da Cunha Junior, os lineamentos básicos do Mandado de Injunção já foram fixados pela própria constituição, de tal modo que não há necessidade de lei para regular-lhe o processo. Prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a norma que define o *writ* em pauta é de eficácia plena, não dependente de ulterior regulação, à vista, sobretudo do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal.

Para Gilmar Ferreira Mendes[25] o Mandado de Injunção há de ter por objeto o não cumprimento de dever constitucional de legislar que, de alguma forma afeta direitos constitucionalmente assegurados (falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania).

O Mandado de Injunção constitui ação especial de controle concreto ou incidental de constitucionalidade das omissões do poder público, quando a inércia estatal inviabiliza o exercício de algum direito fundamental. Trata-se de ação que se condiciona a existência de uma relação de causalidade entra a omissão do poder público e a impossibilidade de gozo de um direito fundamental. Desse modo, só se admite a interposição do *writ* se, em decorrência da falta de norma regulamentadora se torne inviável o exercício dos direitos e liberdades fundamentais.

Quando ao procedimento desta ação constitucional, a lei 8038 de 1990 que dispõe sobre normas procedimentais dos processos que especifica, de competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça,

---

[24] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
[25] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: São Paulo. Ed., 2012.

estatuindo, no seu artigo 24 parágrafo único, que: “No mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”. Desta forma, resta pacificado que aplica-se subsidiariamente a lei do mandado segurança as ações de mandado de injunção.

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO

Após discorrer sobre o que se entende por inconstitucionalidade e mais especificamente sobre o que se entende por uma omissão inconstitucional, classificar as omissões inconstitucionais e tratar mesmo que de maneira sucinta sobre os mecanismos jurisdicionais para o controle das omissões em nosso ordenamento jurídico, necessário se faz entender como o Supremo Tribunal Federal como guardião de nossa Constituição enfrentou o tema ao longo dos anos e como tem enfrentado atualmente o tema.

Desta forma, analisaremos alguns julgados da Corte Suprema que refletem bem uma evolução no trato das omissões inconstitucionais no controle concreto da constitucionalidade.

Mandado de Injunção 107, relator Ministro Moreira Alves.

Conforme ensina o Ministro Gilmar Ferreira Mendes[26], o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de apreciar pela primeira vez as questões suscitadas pelo controle de constitucionalidade de uma omissão inconstitucional no Mandado de Injunção nº 107 em 1989.

Ensina o ilustre ministro que o Mandado de Injunção havia sido proposto por Oficial do Exército contra o Presidente da República que, segundo se

[26] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: São Paulo. Ed., 2012.

alegava, não teria encaminhado tempestivamente ao Congresso Nacional, projeto de lei disciplinando a duração dos serviços temporários, tal como expressamente exigido pela Constituição. O impetrante havia prestado serviço por nove anos e seria compelido a passar para reserva ao completar o décimo ano, se fosse aplicada a legislação pré-constitucional. Daí ter requerido a promulgação da norma prevista constitucionalmente, requerendo ainda a concessão de liminar que garantisse seu status funcional até a decisão definitiva.

Neste caso o Supremo Tribunal Federal deixou assente que o Mandado de Injunção destinava-se a garantir os direitos constitucionalmente assegurados, inclusive aqueles derivados da soberania popular, como o direito ao plebiscito, o direito ao sufrágio, a iniciativa legislativa popular, bem como os chamados direitos sociais, desde que o impetrante estivesse impedido de exercê-los em virtude do legislador.

O Tribunal assentou neste caso o entendimento de que a corte deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas, ou seja, neste primeiro trato com a omissão inconstitucional o tribunal adotou uma postura não concretista deixando que o legislador tomasse as providencias necessárias, mas sem fixar qualquer prazo para tanto.

Mandado de Injunção nº. 283, relator Ministro Sepúlveda Pertence.

Conforme dito anteriormente, o Supremo Tribunal Federal em suas primeiras decisões em Mandado de Injunção, adotou uma postura extremamente conservadora, uma vez que apenas determinava que o legislador tomasse providências, todavia, com o passar do tempo percebeu-se que na esmagadora maioria das vezes as providências não eram tomadas o que ameaçava a efetividade do provimento mandamental da Corte Maior.

Foi então que no Mandado de Injunção de nº. 283, julgado em 19 de março de 1991 de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o tribunal pela primeira vez estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos que foram negligenciados.

Segue a ementa do aludido Mandado de Injunção.

> Ementa[27]:
> Mandado de Injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par.3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença liquida de indenização por perdas e danos.
> 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do Mandado de Injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232).
> 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par.
> 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional especifica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar Mandado de Injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada.
> 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito.
> 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do Mandado de Injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8., par.3.,

---

[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* no 283, Tribunal Pleno, 19 de março de 1991, publicado no DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882.

> ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da Republica; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença liquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicara a coisa julgada, que, entretanto, não impedira o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.::

Percebe-se uma clara mudança de posicionamento do STF, uma vez que neste julgado além de se declarar inconstitucional a omissão legislativa, não se determinou apenas que a casa legislativa editasse a norma necessária a assegurar o direito do requerente, determinou-se que o processo legislativo fosse ultimado com prazo determinado e que caso o processo legislativo não findasse no prazo marcado, o requerente gozaria da faculdade de obter contra a União sentença liquida de condenação e reparação constitucional.

Em menos de dois anos percebe-se claramente que tribunal começa a abandonar sua postura mais conservadora, para uma postura mais concretista[28], onde além de determinar a edição da lei, criava um mecanismo apto a satisfazer o direito do requerente caso à norma não fosse promulgada no prazo assinado.

Mandado de Injunção nº. 232, relator Ministro Moreira Alves

Em 01 de agosto de 1991 o Supremo Tribunal Federal através do Mandado de Injunção 232/RJ de relatoria do Ministro Moreira Alves, reiterou um posicionamento concretista para o Mandado de Injunção abandonando de vez um antigo posicionamento apático refletido pelo MI 107, em que apenas se determinava ao legislador providências.

---

[28] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* no 232, Tribunal Pleno, 01 de agosto de 1991, publicado no DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965.

Ementa[29]:
Mandado de Injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar Mandado de Injunção por falta de regulamentação do disposto no parágrafo 7º. Do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de Injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providencias legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par.7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.

Para o ilustre professor Gilmar Ferreira Mendes, as decisões proferidas no MI 232 e no MI 283 sinalizam para uma nova compreensão do instituto do Mandado de Injunção e a admissão de uma solução "normativa" para a decisão judicial.

Mandado de Injunção nº. 758, relator ministro Marco Aurélio.

No Mandado de Injunção nº 758 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o STF se manifestou sobre a natureza jurídica da decisão proferida pela corte em sede de MI, consolidou-se o entendimento de que a decisão tem natureza jurídica mandamental e não declaratória, conforme se extrai da leitura da ementa ora transcrita:

[30]Ementa:
MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA.

[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* no 232, Tribunal Pleno, 01 de agosto de 1991, publicado no DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965.

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* no 758, Tribunal Pleno, 01 de de julho de 2008, publicado no DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-01PP-00037 RDECTRAB v. 15, n. 174, 2009, p. 157-167.

> Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á Mandado de Injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

Mais uma vez, observa-se com clareza que o supremo deu mais um passo no sentido de abandonar de vez a posição adotada no MI nº. 107, ao afirmar que a ação constitucional em apreço tem natureza jurídica mandamental, demonstrou que o provimento judicial tem o condão de concretizar o direito pleiteado pelo impetrante.

No caso em apreço, o tribunal além de declarar a omissão inconstitucional no tocante a ausência de legislação sobre a aposentadoria dos servidores públicos, emanou pronunciamento judicial no sentido de aplicar a disciplina existente para os trabalhadores em geral em sentença que se aproxima bastante das sentenças aditivas emanadas pelo tribunal constitucional italiano.

A decisão proferida neste Mandado de Injunção é emblemática, pois demonstra de maneira clara que o tribunal adotou uma postura de que constatada uma inconstitucionalidade em sede de controle difuso e havendo possibilidade de se colmatar a lacuna legislativa através da aproximação com um diploma já existente, o tribunal não ficou silente, garantindo o direito dos impetrantes nos termos do direito já conferido ao trabalhador em geral.

Mandados de Injunção nº. 670, 708 e 712

O assunto que mais bateu a porta do Supremo Tribunal Federal e que mais gerou discussões entre os ministros na seara do Mandado de Injunção, foi sem dúvida o direito de greve dos servidores públicos.

O primeiro Mandado de Injunção de que se tem notícia sobre o tema é o MI nº. 20 de relatoria do ministro Celso de Mello julgado em 1996, que o entendimento do STF foi no sentido de que o direito de greve dos servidores não poderia ser exercido antes da edição de lei complementar sob o argumento de que o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve era uma norma de eficácia limitada, desprovida de autoaplicabilidade.

Observa-se assim, que o Tribunal em um primeiro momento apenas reconheceu a necessidade de se editar uma norma, sem admitir uma concretização direta desta norma constitucional.

No MI 631 de relatoria do Ministro Ilmar Galvão julgado em 2002, o ministro Carlos Velloso surgiu como uma voz destoante, ressalvando em sua decisão a possibilidade de se aplicar provisoriamente aos servidores públicos a legislação aplicável aos trabalhadores em geral, todavia tratava-se de posição isolada na Corte.

Apenas em 2006, ou seja, mais de 10 anos desde a primeira vez que o supremo enfrentou o tema, foi proposta uma revisão parcial do entendimento adotado pelo tribunal, sendo sugerido pelo Ministro Gilmar Mendes a adoção de um modelo de sentença aditiva e de eficácia *erga omnes* nos moldes do direito italiano, sendo feita proposta semelhante pelo Ministro Eros Grau no MI 712 de sua relatoria.

Em 25 de outubro de 2007, o Tribunal por maioria, conheceu dos mandados de injunção nº 670, 708 e 712, afastando-se da orientação inicial limitada a declaração de existência de mora legislativa para edição de uma norma regulamentadora, passando sem assumir compromisso com uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.

CONCLUSÃO

Ao teor de todo exposto, resta clara a preocupação dos nossos julgadores no trato das omissões inconstitucionais, uma vez que estas vulneram nosso ordenamento tanto quanto a inconstitucionalidade na via da ação.

Os julgados colacionados deixam claro que incialmente o Supremo Tribunal Federal adotou um posicionamento extremamente conservador (MI 107), no trato destas omissões, apenas declarando a inconstitucionalidade e a mora legislativa, determinando providências.

Em um segundo momento, o Tribunal entendeu que era necessário se fixar um prazo para que a omissão fosse sanada (MI 283 e MI 232), sob pena do judiciário adotar as providencias necessárias a resguardar o direito dos impetrantes caso prevalecesse a mora legislativa.

Posteriormente, o tribunal foi mais além e afirmou que a natureza da sentença em sede de Mandado de Injunção é mandamental e não de declaratória (MI 758), afirmando que como se trata de processo subjetivo, a sentença tem eficácia perante a relação nele revelada.

Finalmente, temos uma guinada na jurisprudência do Mandado de Injunção com o julgamento de uma série de ações sobre o direito de greve dos servidores públicos, onde há de se destacar que em um primeiro momento a corte adotou uma posição conservadora e não concretista (MI 20), e após mais de 10 anos, resolveu revisar tal posicionamento (MI 670, MI 712), fazendo uso de uma sentença aditiva nos moldes do direito italiano para assegurar o direito de greve para os servidores públicos tendo como parâmetros a legislação dos trabalhadores em geral, e mais, dotando a sentença de eficácia *erga omnes*.

Gilmar Ferreira Mendes[31] ressalta deve-se ter em conta a extensão dos efeitos advindos da decisão em sede de mandado de injunção, para o autor o que se evidencia é a possibilidade das decisões nos mandados de injunção

---

[31] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: São Paulo. Ed., 2012.

não surtirem efeitos apenas em razão do interesse jurídico de seus impetrantes, estendendo-se também seus efeitos normativos para os demais casos que guardem similitude.

Para o aludido autor, em regra a decisão em no mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma dimensão objetiva, com eficácia erga omnes, que serve para tantos quantos forem os casos que demandem uma concretização de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada lei.

BIBLIOGRAFIA

BITTAR, Orlando, A lei e a Constituição, in Obras completas de Orlando Bittar, Brasília, Conselho Federal de Cultura, 1978, v.2, p.39.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* no 232, Tribunal Pleno, 01 de agosto de 1991, publicado no DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* no 283, Tribunal Pleno, 19 de março de 1991, publicado no DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* no 758, Tribunal Pleno, 01 de de julho de 2008, publicado no DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-01PP-00037 RDECTRAB v. 15, n. 174, 2009, p. 157-167.

CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1997.

CUNHA JUNIOR, Dirley, Curso de Direito Constitucional, Salvador, Bahia., Editora JusPodivm. 6ª Edição, 2012.

JULIO, Jose Fernandez Rodriguez, La inconstitucionalidade por omisíon: Teoria Geral. Derecho Comparado. El caso espanhol, Civitas, 1998.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: São Paulo. Ed., 2012.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1999, 835 p.

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.

Éder Pereira de Assis[32]

1. Noções introdutórias

A Jurisdição Constitucional no Brasil constitui um eficiente mecanismo no denominado controle de constitucionalidade do Estado Democrático de Direito nacional. A atuação deste instrumento constitucional perante a Corte Suprema viabiliza a aplicação da norma respeitando a soberania dos direitos fundamentais do cidadão.

A partir da 2ª Guerra Mundial a jurisdição constitucional passou a assumir um papel de destaque no que concerne à garantia e efetivação dos direitos fundamentais, abandonando sua posição de neutralidade do período liberal e adotando posição notadamente ativista no Estado Democrático de Direito.

Com a constatação de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, estes deixaram de ser apenas uma pretensão individual (dimensão subjetiva) para também significar uma ordem impositiva, valorativa, que confere um caráter vinculante ao irradiar-se por todo ordenamento jurídico, desse modo, a Constituição acaba assumindo uma função principiológica, exigindo para sua concretização, uma complexa atividade interpretativa do Julgador.

Diante deste contexto, a jurisdição constitucional é chamada para não somente exercer um silogismo lógico do fato à norma (Estado Liberal), mas sim, de acordo com princípios e direitos consagrados constitucionalmente,

[32] Graduado em Direito pela Universidade Anhanguera.
Especialista em Ciências Criminais pela UNAMA – Universidade da Amazônia.
Professor das disciplinas de Direito Processual Penal e Direitos Humanos junto a UNED – União de Ensino Superior de Diamantino/MT.
Mestrando em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

alterar e/ou construir interpretações ao fato concreto, interpretação esta, decorrente da abertura e indeterminação do texto constitucional, demandando intensa e crescente atividade criativa por parte dos Tribunais Constitucionais.

A jurisdição constitucional encontra-se direta e intimamente ligada a idéia de Supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico, o que consiste em enfocar a Constituição como lei fundamental, lei suprema na ordem jurídica, devendo a própria Constituição revestir-se de instrumentos de defesa adequados e suficientes para garantia de tal supremacia, de modo que, todas as espécies normativas do ordenamento jurídico devem ser analisadas sempre à luz da Constituição, verificando-se assim a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das mesmas

Nesse viés, a Jurisdição Constitucional deve ser concebida como o instrumento que possibilita a prática do efetivo exercício da cidadania, com a real participação dos cidadãos na função decisória, rechaçando-se a adoção de atos autoritários como a imposição de um Estado Autoritário[33], adormecido em um passado não tão distante na história brasileira. O respeito à integridade física, social, econômica e cultural descritos na Carta Magna passa a ser guarnecido pelo Supremo Tribunal Federal, pela via do controle de constitucionalidade propiciando a chamada segurança jurídica.

Entretanto, nem sempre foi assim nesta terra abençoada habitada por afro-descendentes, ameríndios e europeus[34]. Para a melhor digressão do tema em análise, faz-se necessário percorrer um histórico jurídico e social da construção da jurisdição constitucional neste país com dimensões continentais.

---

[33] Apesar da implantação em 1964 de um governo de força, somente a partir do AI-5 é que a tortura se tornou uma política oficial de Estado. A vitória da chamada “linha dura”, o golpe dentro do golpe instituíram o terrorismo de Estado que utilizou sistematicamente o silenciamento e o extermínio de qualquer oposição ao regime. O AI-5 inaugurou também o governo Médici (1969-1974), período em que mais se torturou em nosso país. Maiores detalhes em “Arquidiocese de São Paulo. **Brasil nunca mais**. Petrópolis, Vozes,1985”

[34] Ver Ortiz, R. in Cultura brasileira e identidade cultural.

2. Antecedentes históricos da jurisdição constitucional

A origem histórica da Jurisdição Constitucional está intimamente ligada à idéia de supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas integrantes do ordenamento jurídico de um País[35].

No âmbito interno, a Constituição do Brasil de 1824[36] previa em seus artigos 98 e 112, o Imperador[37] exercendo dupla função: a de Chefe do Poder Executivo e ainda a de Poder Moderador, que assegurava a independência e o equilíbrio entre os poderes.

Em janeiro de 1829 foi instituído o Supremo Tribunal Federal formado por dezessete Ministros e sua competência estava limitada ao conhecimento dos recursos de revista e a julgar conflitos de jurisdição, possibilitando ainda ao Supremo Tribunal o julgamento de ações penais com prerrogativa de função em determinados cargos públicos.

Com a Proclamação da República em 1889 introduziu-se o controle de constitucionalidade no país. Decorridos dois anos, em 24 de fevereiro surgiu a primeira Constituição Republicana brasileira com notável influência da doutrina constitucional norte-americana, outorgando ao Supremo Tribunal Federal a guarda da constituição e da ordem federativa[38].

---

[35] No âmbito internacional, a concepção de jurisdição constitucional surgiu nos Estados Unidos da América em 1803, na Suprema Corte Americana através do Juiz Marshall, em decisão proferida no caso Marbury *versus* Madison, onde foi declarada a inconstitucionalidade de ato do Congresso em face da Constituição Federal Americana, reconhecido como berço do sistema difuso de controle de constitucionalidade.
Já em 1920, com a entrada em vigor da nova Constituição Austríaca, surgiu a jurisdição constitucional concentrada, idealizada por Hans Kelsen, onde a defesa da Lei Fundamental era conferida a um único órgão, no caso o Tribunal Constitucional.

[36] Conforme Mendes (1999), **Jurisdição Constitucional**, p. 23-38.

[37] No chamado Brasil Império, a figura do Presidente da República estava longe de suceder o Imperador. Somente com a elaboração da República, com Marechal Deodoro da Fonseca este panorama foi se alterando ate culminar no modelo de República presidencialista adotada pela nação.

[38] Segundo Mendes: "Reconhecendo-se lhe a competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do direito através de um recurso especial (Constituição de 1891, art. 59, n. 3, §1º, a e b). Foi-lhe confiada, também competência para decisão de causas e conflitos entre a União e os Estados ou entre Estados-Membros" (Constituição de 1891, art. 59, § 1º, c) (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 24).

Idp MESTRADO

Adiante, com a Revolução de 1930, tal Constituição fora derrogada, onde o Decreto n. 19.398 de 11 de novembro de 1930 confiou as funções legislativas e executivas ao governo provisório. O Decreto de 03 de fevereiro de 1931 reduziu o número de ministros do Supremo Tribunal Federal de quinze para onze ministros, e em seguida, o Decreto de 18 de fevereiro de 1931 aposentou compulsoriamente seis ministros da Corte Suprema brasileira.

Já a Constituição de 1934 estabeleceu os fundamentos de uma nova ordem democrática constituindo o Supremo Tribunal Federal com onze ministros, sendo certo que a decisão da Suprema Corte que declarava a inconstitucionalidade de uma lei na via do controle incidental não era dotada de eficácia *erga omnes*. Nessa premissa, a Constituição de 1934, em seu art. 90, IV, outorgou ao Senado Federal a possibilidade de suspender a aplicação de lei que afrontasse a Lei Fundamental.

Um projeto do então deputado federal Nilo Alvarenga[39] para instituição de uma Corte Constitucional inspirada no modelo austríaco foi suscitado, e segundo tal projeto, a Corte Constitucional seria composta por nove membros escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal (2), pelo Parlamento Nacional (2), pelo Presidente da República (2) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (3). Deveriam ser eleitos, igualmente nove suplentes. Este projeto confiava a Corte Constitucional o monopólio de censuras das leis federais e estaduais. Assim deveriam juízes ou tribunais, em caso de inconstitucionalidade de uma lei suspender os processos a eles afetos e submeter a questão à Corte. Essa

---

[39] Projeto do Deputado Nilo Alvarenga, de 20 de dezembro de 1933:
"Compete à Corte de Justiça Constitucional, originária e privativamente, conhecer da arguição, suscitada por qualquer parte interessada ou pelo Ministério Público, em qualquer feito e perante qualquer juiz ou tribunal, de conflito de uma lei ou disposição de lei federal, ou de uma constituição ou lei estadual ou alguma de suas disposições, com a constituição Federal, ou uma lei estadual ou alguma de suas disposições, com a respectiva Constituição Estadual.
§1º Levantada a preliminar de inconstitucionalidade, o juiz ou tribunal sobrestará no prosseguimento das causas, depois de assegurar, quando necessário, a eficácia do direito reclamado, até que o tribunal se pronuncie.
§2º O juiz ou Tribunal mandará prosseguir o feito se a alegação de inconstitucionalidade for manifestamente improcedente ou protelatória, cabendo desta decisão carta testemunhável para a Corte de Justiça Internacional que, a requerimento da parte, poderá mandar sustar o andamento do processo, até o seu pronunciamento [...]" (Cf. Mendes, **Jurisdição Constitucional**, p.28)

proposta previa, igualmente, a instituição de uma ação popular de constitucionalidade, o que destaca ainda mais a influência direta de Kelsen.

A Assembléia Constituinte brasileira rejeitou este modelo pautado na Corte Constitucional Austríaca, já que não se pode olvidar que no Brasil, o juiz e o Tribunal também exercem em parte a jurisdição constitucional realizando o chamado controle difuso de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal exerce o controle concentrado de forma superlativa, demonstrando ser um aparelho eficaz na guarda das garantias constitucionais assegurando a defesa dos direitos e liberdades de seus cidadãos. O controle de jurisdição constitucional oportuniza as necessárias garantias da efetividade dos princípios de direito publico, sendo certo que, de nada adiantaria os mais belos e generosos princípios constitucionais sem essa possibilidade de delimitar possíveis excessos ou inconsistências.

A atribuição do controle de constitucionalidade norte-americano é outorgada à Justiça Comum e se demonstrou infrutífero: “Nos Estados Unidos, onde esta atribuição é conferida à Justiça comum, o controle é falho, imperfeito e incompleto”.[40]

Já a jurisdição constitucional no Brasil se consagra com o exercício de tal controle por meio de um Tribunal dotado dessa competência - o Supremo Tribunal Federal - anulando leis e atos inconstitucionais, com efeito *erga omnes* consubstanciado na efetiva segurança normativa e jurídica.[41]

A Constituição outorga poderes ainda aos demais órgãos do Poder Judiciário[42] para compatibilizar por meio de um controle as leis e demais atos do poder público com o texto constitucional.

---

[40] MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 28.

[41] Segundo MENDES: É esta a única maneira pela qual poderão ser evitadas, de um lado, as grandes injustiças de que foram vítimas, na primeira República, milhares de brasileiros, por abusos do poder, e de outro lado, as enormes sangrias que sofreu o Tesouro, que ainda hoje suporta a economia pública, resultante de pesadas indenizações e cujos pagamentos a Nação foi condenada (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 29)

[42] C.f. Controle Difuso de Constitucionalidade, Cf. p. 03.

O Supremo Tribunal Federal inicialmente não distinguia a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade daquela proferida no controle difuso. Um parecer do Ministro Moreira Alves em 11 de setembro de 1975 firmou orientação no reconhecimento da eficácia *erga omnes* nos casos de declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato (DJ, 16 maio 1977).

Atualmente, o modelo brasileiro de jurisdição constitucional, seguindo o sistema jurídico que consagra apenas o contencioso jurisdicional, obedece, em regra, o controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, basicamente em duas modalidades ("sistema misto"): a difusa-concreta e a concentrada-abstrata.

A primeira modalidade ou via de controle possui origem norte-americana e tem como característica a possibilidade de ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, diante de um determinado caso concreto, com a finalidade de assegurar o respeito e a máxima efetividade aos direitos fundamentais do interessado, e produzindo efeitos, *a priori*¸ apenas entre as partes envolvidas.

A segunda modalidade ou via de controle possui origem européia e sua finalidade é analisar objetiva e diretamente a compatibilidade de um comportamento estatal (ato "normativo" - omissivo ou comissivo) em face dos preceitos da Constituição, podendo ocasionar a retirada do ato maculado do ordenamento jurídico, a ser realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de decisões com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública, direta ou indireta.[43]

---

[43] Ainda em relação aos modelos de jurisdição constitucional, necessário mencionar a existência de outros modelos como o **francês**, enquanto modelo com claro apego aos dogmas revolucionários e à persistência na desconfiança sobre o trabalho jurisdicional fora do parlamento, exercido pelo próprio parlamento por meio do Conselho Constitucional, e também adotado na Holanda e em alguns países da Ásia e da África, o qual não se encontra mais em plena utilização na França, tendo sofrido inovação com a 24ª Emenda Constitucional, de 23.07.2008, que introduziu um projeto de modernização das instituições da V República Francesa, onde acrescentou-se o art. 61-1, possibilitando ao **Conseil d´État e a Cour de Cassation**, órgãos máximos das jurisdições administrativa e comum, respectivamente,

3. A jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais.

O conceito de jurisdição constitucional, tal qual a compreendemos em sua versão contemporânea, prende-se à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais. E em se tratando de sociedades pluralistas e complexas regidas por um princípio democrático e jurídico de limitações do poder, essa instância há de ser, sobretudo, moderadora de tais conflitos.

Na verdade, Tribunal ou órgão de Estado consagrado à fiscalização de constitucionalidade que não congregue requisitos indeclináveis ao desempenho de tal função ou não preencha os fins aí implícitos, terá sua legitimidade arranhada, contestada ou comprometida, como verifica-se em determinados sistemas judiciais dos países em desenvolvimento. Neles o influxo das interferências executivas sobre o Judiciário se faz sentir com mais força e intensidade, descaracterizando, não raro, a natureza do controle transvertido em instrumento ou veículo de interesses infestos à causa da justiça e da democracia, e sempre orientados no sentido do fortalecimento contra o poder do Estado e o arbítrio dos governantes.

---

reenviarem uma questão prejudicial de constitucionalidade, no bojo de casos concretos, ao **Conseil Constitutionnel**.
Outro modelo que merece menção é o **canadense**, que, com a entrada em vigor da Carta Canadense de Direitos e Liberdades em 1982, as Cortes Judiciais canadenses passaram a ter legitimidade para rejeitar a legislação que conflite com os direitos fundamentais, admitindo-se claramente o modelo do controle judicial de constitucionalidade. Acerca de tal modelo Paulo Gonet afirma que a Carta Canadense de Direitos e Liberdades contém um dispositivo que peculiariza o modelo de jurisdição constitucional daquele País. Em sua Seção 33 a Carta Canadense prevê a chamada “cláusula do não-obstante”. Através dela o parlamento federal e também o legislador local, conforme seja a fonte da lei, podem declarar que o ato normativo será eficaz, não obstante a colisão com algum dispositivo do direito fundamental previsto na Carta. Assim, mesmo que os tribunais proclamem a inconstitucionalidade da lei, a Casa Legislativa que elaborou a lei poderá utilizar-se da cláusula do não-obstante e tornar superada a decisão judicial. A decisão judicial de inconstitucionalidade perderá sua eficácia enquanto a cláusula do não-obstante estiver em vigor, fazendo com que o parlamento se sobreponha à deliberação judicial. (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no controle de constitucionalidade: o diálogo institucional canadense e a Constituição brasileira de 1937. In Controle de Constitucionalidade: Direitos Fundamentais – Estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes. Coordenadores: Christine Oliveira Peter da Silva e outros. São Paulo: Lumen Iures, 2012. p. 318)

No Brasil a jurisdição constitucional pode ser exercida, difusamente, por juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando o paradigma for a Constituição Federal. No exercício dessa missão de garantidora do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, a Justiça constitucional em suas várias organizações possui, geralmente, cinco grandes ramos de competência: a) controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público; b) proteção aos direitos fundamentais; c) controle das regras da democracia representativa (eleições) e participativa (referendos e plebiscitos); d) controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências constitucionais; e) equilíbrio da federação.

No tocante ao exercício da jurisdição constitucional para proteção dos direitos fundamentais, incumbe ao Supremo Tribunal Federal no desempenho do controle concentrado de constitucionalidade, dar efetividade a tais direitos, seja por meio do reconhecimento da inconstitucionalidade de norma ou ato colidente, seja interpretando determinada norma conforme a Constituição.

Com a concepção dos direitos fundamentais em sua dupla dimensão (subjetiva e objetiva), denota-se que a dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional, integrantes da própria essência do Estado Democrático de Direito. As Constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam, esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.[44]Destarte, todas as leis devem ser interpretadas e limitadas pelos direitos fundamentais, cujo conteúdo de valor deve ser protegido.

Conforme Leal, tal posição acaba por provocar, por conseguinte, o que se poderia denominar como uma “mudança de efeito” na relação entre direitos e legislação, pois dado o seu caráter impositivo, aqueles passam a ter predomínio sobre esta última. Tal efeito é chamado de eficácia de irradiação,

---

[44] MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

na medida em que esses direitos, em sua condição de direito objetivo, fornecem diretrizes para a aplicação e para a interpretação de todo o direito infraconstitucional.[45]

Nesse diapasão, o direito constitucional contemporâneo tem demonstrado a existência de uma jurisdição constitucional tanto no sistema difuso quanto no concentrado, no sentido de assegurar efetividade aos direitos fundamentais nas relações havidas entre particulares, compreendendo-os não apenas como liberdades impostas em face do Estado, mas também oponíveis entre atores privados.

Em que pese a existência de constantes discussões acerca do que denominam “a constitucionalização do direito privado”, denota-se vasta doutrina e jurisprudência sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, e em especial, vários julgados do Supremo Tribunal Federal reconhecendo tal incidência e firmando uma jurisdição constitucional nesse sentido.

Assim sendo, nos itens a seguir trataremos das teorias atinentes à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, bem como, do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em alguns dos casos em que foi instado a pronunciar-se.

4. Noções introdutórias à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais foram inicialmente instituídos no Estado Liberal como garantias em face do Estado, considerados em sua visão verticalizada e na forma de direitos públicos subjetivos, onde somente o Estado seria o sujeito passivo de tais direitos, servindo aos cidadãos como mecanismos de não ingerência daquele, visão esta, substancialmente alterada com o advento do

---

[45] LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Estado Social pautado na restrição da influência outrora exercida pela burguesia, e as consequências dela decorrentes como a exacerbação da noção de autonomia privada e a ausência de intervenção estatal nas relações jurídicas havidas entre particulares, sendo certo que o Estado deixou de ser visto como único opressor, passando-se a conceber a existência de uma multiplicidade de atores privados nas mais diversas relações sociais, e que a incidência dos direitos fundamentais em tais relações torna-se inafastável.

A instituição do Estado Social, ainda resultou na mitigação da clássica distinção entre público e privado transformando-a numa relação de interdependência e intercambiariedade, onde a Constituição assumiu a condição de ordem jurídica fundamental da sociedade vinculando os poderes públicos, assumindo relevo a questão relativa ao grau e forma de tal vinculação, em especial, no que concerne à aplicação dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas.

Na década de 50 do século passado surge a denominada *Drittwirkung der Grundrechte*, como é conhecida na Alemanha, com o intuito de erigir à condição de sujeito passivo da indispensável observância dos direitos fundamentais, os particulares, tendo tal teoria alcançado ampla expansão em todos os países europeus, especialmente na Alemanha, Espanha, Portugal e Itália, bem como em países sul-americanos como Argentina e Brasil. Já no Brasil, pelo fato da Constituição Federal de 1988 não ter feito menção expressa à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, somente há pouco tempo (1990) a doutrina e os Tribunais Pátrios passaram a despertar interesse pelo tema e debruçar-se sobre o assunto.

4.1 Teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

4.1.1 Teoria da eficácia mediata ou indireta (*mittelbare Drittwirkung*)

Surgida na Alemanha e tendo por idealizador Günter Dürig (1956)[46] é conhecida como *mittelbare Drittwirkung*, e apresenta-se como teoria intermediária entre as que negam a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas (*state action*, convergência estadista) e a teoria da eficácia imediata ou direta, sendo a teoria adotada pela doutrina e jurisprudência alemã, porém, pouco adotada no Brasil[47].

Os adeptos de tal teoria entendem que os direitos fundamentais não ingressam no âmbito privado como direitos subjetivos que possam ser invocados a partir da Constituição, mas como uma ordem objetiva de valores que irradiam por todo o ordenamento jurídico, após um processo de transmutação por meio de material normativo do próprio direito privado, assim, os direitos fundamentais são protegidos no campo privado não através dos instrumentos do Direito Constitucional, mas sim por mecanismos típicos do próprio Direito Privado (que fixariam o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes), após intermediação concretizadora do legislador ou mediação do julgador.

A utilização de mecanismos de intermediação e suavização, inicialmente por meio de concreção legislativa, e após, por meio de mediação judicial, asseguraria uma incidência dos direitos fundamentais nas relações entre atores privados seria menos conflituosa e sacrificante ao Direito Privado e à autonomia da vontade.

O primeiro caso de aplicação de tal teoria no direito germânico foi firmada no caso Lüth-Urteil[48] (BverfGE 7, 198), em 15 de janeiro de 1958 pelo Tribunal Constitucional Alemão, reiterando tal entendimento em outros famosos

---

[46] Günter Dürig,, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, in Theodor Maunz (Hrsg. Von). Festschrift für Hans Nawiasky. München: Beck, 1956.
[47] Alguns autores pátrios que adotam a teoria da eficácia mediata ou indireta: HECK, Luis Afonso. Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 16, 1999. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
[48] Cujo acórdão pode ser encontrado na obra: SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Trad. Leonardo Martins, Beatriz Hennig, Marianna Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldes Ferreira. Montevideo: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, OFICINA URUGUAY, 2005, pp. 382-395.

casos como Blinkfüer, Lebach e Wallraff, sendo pouco difundida na doutrina nacional.

Em relação à indispensável intervenção do legislador, constitui tarefa institucional realizar no âmbito de sua liberdade de conformação e enquanto detentor de legitimidade representativa dos interesses sociais a fixação dos parâmetros de aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídico-privadas, evitando ou suavizando possíveis tensões entre tais direitos e a autonomia privada, de modo que, tais direitos apenas teriam incidência a partir do exercício da atividade legislativa com a criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições e o alcance.

Já nos casos de insuficiência ou omissão do legislador surge a necessidade de intervenção do julgador por meio da atividade interpretativa ou integrativa, de modo a assegurar a incidência dos direitos fundamentais nas relações havidas entre particulares, onde o juiz, por meio das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, teria relativa margem de atuação diante das tensões de direitos em concreto, mantendo o direito privado num processo de oxigenação e confluência com os anseios sociais. Os direitos fundamentais se consubstanciariam numa ordem objetiva de valores e restringir-se-iam a informar e conduzir a prática judicial na condição de critérios interpretativos, e somente nas hipóteses de lacuna ou redação ambígua poderiam ser invocados a concretizar o conteúdo normativo das cláusulas gerais.

A referida teoria enfrenta críticas de respeitáveis juristas tanto na doutrina pátria quanto estrangeira, que entendem que o emprego da mesma acarreta numa proposição de “legalização” dos direitos fundamentais, com o risco de uma proteção ineficaz; aliado à omissão, morosidade e o déficit legislativos que podem inviabilizar a aplicação mediata; bem como, a dificuldade de compreensão dos direitos fundamentais enquanto elementos de uma ordem objetiva de valores.[49] Sustentam ainda, que a necessidade de

---

[49] Para Gilmar Ferreira Mendes: “A ausência de uma ordem objetiva de valores dificulta senão impossibilita uma decisão clara sobre os valores que há de prevalecer em uma dada situação de conflito. A incerteza quanto aos critérios de ponderação e a existência de múltiplos critérios quase permitiriam afirmar que uma orientação pelos valores básicos poderia fundamentar qualquer decisão.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de

prévia concretização do conteúdo normativo das cláusulas gerais ou conteúdos indeterminados pelo juiz para extensão dos direitos fundamentais às relações privadas, resultaria na aplicação de uma verdadeira norma de direito privado e não de um direito ou princípio constitucional, relegando a segundo plano os atributos de fundamentalidade e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais.

4.1.2. Teoria da eficácia imediata ou direta (*unmittelbare Drittwirkung*)

Criada na Alemanha por Hans Carl Nipperdey[50] (então presidente do Tribunal Federal do Trabalho alemão) no início da década de 50, para o qual o fundamento da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas pode ser retirado da concepção desses enquanto valores que emergem por todo o ordenamento jurídico, possuindo efeitos absolutos.

Não recebeu adoção em seu país de origem, diversamente do que ocorreu na Itália, Espanha e Portugal[51], sendo que sua influência é crescente no meio jurídico, sendo, inclusive, reconhecida em países de outros continentes como África do Sul, Argentina[52] e Brasil (onde ganhou relevo a partir de 1990)[53].

Baseia-se no princípio da unidade do ordenamento jurídico e da força normativa da Constituição (fundamentalidade e supremacia), onde os direitos

---

constitucionalidade. 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999)

[50] NIPPERDEY, Hans Carl. Grundrechte und Privatrecht, 1961.

[51] O texto constitucional português faz expressa referência à aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas em seu art. 18.1: "*Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*."

[52] Caso Samuel Kot.

[53] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004. SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 2 ed.

fundamentais emergem por todo o ordenamento, não se admitindo a existência de “guetos” ou “zonas francas” (direito privado) a margem da Constituição e dos direitos fundamentais, sendo que, para seus adeptos a incidência dos direitos fundamentais independe de qualquer intermediação do legislador privado e decorre de seus atributos de fundamentalidade e aplicabilidade direta, possibilitando ao hermeneuta mecanismos mais eficazes para a pronta resposta a qualquer ameaça de lesão a um direito fundamental.[54]

A maior parte dos adeptos desta teoria reconhece que, diante da existência de lei disciplinando a questão subjacente ao conflito privado, deve o Judiciário aplicar a norma vigente, e não dar ao caso a resposta que pareça mais justa a cada magistrado, admitindo-se a adoção de solução diversa da preconizada pelo legislador tão-somente quando concluir que esta se afigura incompatível com a Constituição, enfatizando ainda, a existência de especificidades e a necessidade de ponderação do direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso.

Sofre críticas de renomados doutrinadores pátrios e estrangeiros, que afirmam que a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares acaba por suprimir o princípio da autonomia privada desfigurando o Direito Privado, além de incompatível com o princípio democrático por atribuir poder em demasia ao Judiciário, afirmam ainda, a existência de dificuldades técnicas para solução de tensões ou conflitos entre direitos fundamentais ou outros bens constitucionalmente protegidos, acarretando na necessidade de imposição de limites por meio de concretização hermenêutica.

4.1.3. Teoria da atribuição das lesões ao Estado (convergência estatista)

Consiste em teoria alternativa idealizada por Jürgen Schwabe que compreende as relações jurídico-privadas como fruto de uma autorização do Estado, de uma chancela Estatal, que ao permitir a realização de tais negócios

---

[54] SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**/Thiago Luís dos Santos Sombra. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 89.

jurídicos atrai para si a responsabilidade por possíveis afrontas à direitos fundamentais entre os atores privados, sendo perceptível a postura de rejeição das teorias da eficácia mediata e imediata de direitos fundamentais entre particulares, pois sequer admite a imputação de violação de um direito fundamental a um particular.

Os críticos de tal teoria afirmam que nem em um Estado totalitário, onde o aparato estatal é constantemente presente e a atividade pública de intervenção incessante, o Estado poderia tutelar de forma efetiva e pormenorizada todas as relações jurídicas-privadas, resultando numa proteção ineficaz de direitos fundamentais.

4.1.4. Teoria da *state action*

Criação do direito norte-americano, decorrente da posição claramente individualista e liberal adotada pela Constituição daquele país e defende que os particulares não estão vinculados aos direitos fundamentais previstos na Constituição dos Estados Unidos da América, que vinculariam apenas o poder público à observância de tais direitos em suas relações com os particulares, com exceção da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão.

Teve início com os *Civil Rights Cases* julgados pela Suprema Corte norte-americana em 1883, e somente em meados de 1940 a Suprema Corte norte-americana começou a mitigar tal teoria, quando passou-se a dar relevância à chamada *public function theory*, que estabelece que, se os particulares exercerem atividades típicas do poder público (atividades essencialmente estatais, independentemente de delegação), ou em situações em que se estabeleça uma conexão mais profunda entre a conduta do indivíduo e alguma entidade governamental (incentivos públicos, apoio governamental), também estarão sujeitos aos direitos fundamentais.

4.2. A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares na visão do STF.

O constitucionalismo brasileiro, desde a Carta de 1934, consagra direitos fundamentais voltados contra particulares (direitos trabalhistas), no entanto, a tormentosa questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas revela-se naquelas situações em que tais direitos são tradicionalmente voltados contra o Estado, como no caso dos direitos sociais (excluindo os trabalhistas) e das liberdades e garantias individuais. A doutrina pátria majoritária e o Supremo Tribunal Federal têm reconhecido e adotado a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Assim sendo, serão apresentados alguns julgados do Supremo Tribunal Federal em que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas foi objeto de análise e pronunciamento pelos ministros, sendo certo que o STF num primeiro momento efetuou um reconhecimento implícito da teoria da eficácia direta ou imediata, e num último momento um reconhecimento explícito da mesma.

4.2.1 Julgados do STF atinentes à eficácia dos direitos fundamentais frente às relações particulares (privadas)

Em 1995 o STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 160.222/RJ, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em que se discutia a conduta do gerente da empresa *De Millus S.A.*, fabricante de roupas íntimas, que submetia as suas empregadas à prática de revista íntima, visando a impedir o furto de suas mercadorias, onde o mesmo foi denunciado pelo crime de constrangimento ilegal e condenado em 1ª instância, sendo posteriormente absolvido por acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, que considerou a conduta decorrente de norma regulamentar de trabalho, prevista

expressamente em contrato trabalho firmado pelas empregadas, e por isso, legal.

A questão de mérito da causa que relacionava a vinculação da empresa ao respeito dos direitos à privacidade e à dignidade humana de suas empregadas, não foi apreciada dada a ocorrência de prescrição, tendo o relator afirmado com notório pesar a impossibilidade de discussão da matéria, sendo possível inferir da manifestação do Ministro Pertence a sua posição contrária ao acórdão recorrido, que admitiu a legitimidade do vexatório procedimento de revista íntima sob o argumento de respeito à autonomia contratual[55].

Não obstante à impossibilidade de se afirmar categoricamente que o STF teria aplicado ao caso a teoria da eficácia direta ou indireta, ou mesmo dar prevalência à autonomia privada, o julgado em questão é utilizado como precedente em vários outros[56] que tratam da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Já em 1996, o STF voltou a apreciar questão atinente à incidência de direitos fundamentais (devido processo legal) em relação havida entre particulares, onde no Recurso Extraordinário nº 158.215-4/RS, julgado pela 2ª Turma e relatado pelo Ministro Marco Aurélio, discutiu-se a validade do ato de cooperativa que havia punido associados com a exclusão do seu quadro supostamente por terem desafiado publicamente a assembléia geral, sem oportunizar-lhes o prévio exercício do direito de defesa.

O STF identificou um direito subjetivo dos associados expulsos de serem reintegrados à cooperativa e serem julgados mais uma vez, respeitando-se o direito à ampla defesa, o que demonstra uma aplicação direta dos direitos fundamentais, mesmo que, de forma implícita, independentemente de prévia intervenção legislativa ou mediação judicial, não se debruçando sobre o debate

---

[55] Consta do voto: “Lamento que a irreversibilidade do tempo corrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana, que o caso suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado, e o exacerbado privatismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante”. (STF, 1ª Turma. RE nº 160.222-8/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Data do julgamento: 11/04/1995. DJ de 01/09/1995)

[56] Utilizado como precedente no voto do Min. Gilmar Mendes no RE 201.819/RJ.

acadêmico acerca da vinculação de particulares a direitos fundamentais, aplicando a garantia fundamental da ampla defesa de forma direta por ser preceito de ordem pública, independentemente da conduta dos cooperados de desafiar a assembléia geral.

Ainda em 1996, a 2ª Turma do STF apreciou outro caso de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas no Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF[57], com relatoria do Ministro Carlos Mário Velloso, em que um trabalhador brasileiro, empregado pela empresa aérea Air France, pretendia o reconhecimento de direitos trabalhistas assegurados no estatuto do pessoal da empresa, que a princípio só beneficiariam os empregados de nacionalidade francesa, pretensão esta, que havia sido ventilada e indeferida no âmbito da Justiça Especializada, porém o STF acolheu o pedido do trabalhador aplicando diretamente o preceito isonômico ao caso, por não vislumbrar qualquer razão legítima que justificasse a diferença de tratamento entre trabalhadores brasileiros e franceses. Verifica-se que, novamente o STF não se debruçou sobre a questão das teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, tendo o acórdão tecido considerações doutrinárias sobre o princípio da igualdade, mas imperou o silêncio sobre o controvertido tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, que foi admitida sem qualquer problematização[58].

Em 2004, o STF no julgamento do AgR AI 346.501-4/SP[59], novamente voltou a apreciar caso de exclusão de associado de cooperativa, onde houve a retirada do mesmo do quadro de associados sem a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, interposto desta vez pela cooperativa sob a alegação de que os acórdãos das instâncias inferiores teriam

---

[57] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. RE nº 161.243/DF. Relator: Carlos Velloso. Data do julgamento: 29.10.1996. DJ de 19.12.1997, p. 57.
[58] Trecho do voto do Min. Relator Carlos Velloso: “No caso, porque não ocorrentes os fatores que justificariam o tratamento diferenciado, tem-se que iguais foram tratados desigualmente, o que é ofensivo ao princípio isonômico que a Constituição consagra e que é inerente ao regime democrático e à república.”
[59] AI 346501 AgR/SP. Primeira Turma. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 16/12/2004. Publicação: DJ 25-02-2005 PP-00019 EMENT VOL-02181-02 PP-00320.

violado o art. 5º, XVIII, da CF[60], pois o processo administrativo de exclusão teria respeitado a forma prescrita no estatuto da cooperativa. No caso em questão, o pedido da cooperativa foi pela não aplicação dos direitos fundamentais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, ao caso em questão por tratar-se de relação entre particulares (cooperativa e associados), tendo o STF decidido que: “O dispositivo constitucional invocado – relativo à liberdade de criação e à autonomia de funcionamento de associações e cooperativas – não afasta o fundamento de inobservância dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV)”.

Da mesma forma como foi decidido no RE 158.215-4/RS[61], o STF entendeu, mais uma vez de forma implícita, tratar-se de hipótese de incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois invocou a aplicação direta do preceito constitucional.

O reconhecimento explícito da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas somente veio a ocorrer em 11 de outubro de 2005, quando o STF julgou o RE 201.819-8/RJ[62], fazendo menção expressa à ocorrência de caso envolvendo conflito de direitos entre particulares, constando inclusive da ementa: “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”. Tratava-se também de um caso de expulsão de associado, desta vez da União Brasileira dos Compositores (UBC), e que novamente ocorreu sem observância aos postulados do devido processo legal, em especial ao princípio da ampla defesa.

O ministro Gilmar Mendes inaugurou o posicionamento pela incidência dos direitos fundamentais no caso em pauta, apresentando extenso e erudito voto em que expôs as principais correntes no debate sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, com farta invocação de doutrina e

---

[60] “A criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.”
[61] Utilizado como precedente pelo Min. Relator Sepúlveda Pertence.
[62] RE 201819-8/RJ. Segunda Turma. Relator(a): Min. Ellen Gracie Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 11/10/2005. Publicação DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821.

jurisprudência estrangeira, sobretudo germânica, no entanto, não se aprofundou no debate teórico concernente à aplicação da teoria da eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.[63] Consignou ainda, que a atividade exercida pela UBC, enquanto entidade de repasse aos seus associados dos recursos arrecadados pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) relativos a direitos autorais, a tornaria uma entidade de natureza pública, ainda que não-estatal, o que transcende a simples liberdade de associar ou permanecer associado, uma vez que a vinculação a entidades de tal natureza é imperativo para o regular exercício da atividade de compositor.

O Ministro Joaquim Barbosa[64] também votou pelo provimento do recurso para assentar a incidência direta do direito à ampla defesa na hipótese, seguindo a mesma linha do Ministro Gilmar Mendes em não se aprofundar em quaisquer das teses que tratam da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, apenas rechaçando a doutrina norte-americana da *state action*, que nega tal vinculação, pela sua incompatibilidade com o constitucionalismo brasileiro, deixando claro que o reconhecimento da eficácia horizontal imediata no caso em questão, decorria da natureza "quase-pública" da UBC.

O voto de desempate que definiu o provimento do recurso foi emitido pelo Min. Celso de Mello que consignou seu entendimento no sentido da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, enfatizando no caso em epígrafe a natureza jurídica da UBC, porém, concentrando sua análise e fundamentação no concernente ao confronto entre

---

[63] Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes: "Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta Corte professa para regular as relações entre particulares. Tenho a preocupação de, tão somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas."

[64] Trecho do voto do Min. Joaquim Barbosa: "Da minha parte (...) penso (...) que os direitos fundamentais têm, sim, aplicabilidade ao âmbito das relações privadas. Tomo a cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deve verificar-se em todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida casa a caso, com parcimônia,a fim de que não se comprima em demasia a esfera da autonomia privada do indivíduo (...)

Assim, na linha do que foi sustentado no voto divergente, e em virtude da natureza peculiar da associação em causa (que tem natureza 'quase pública'), peço vênia à Ministra Ellen Gracie para dela divergir, concordando que os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal têm aplicabilidade imediata para fins de exclusão do sócio da sociedade."

os limites da autonomia privada e outros direitos igualmente fundamentais, e diferentemente da posição adotada pelos ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, reconheceu de forma explícita a tese da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio[65].

Por fim, no ano de 2009, o STF apreciou a ADPF 130[66] e acabou por não-recepcionar a Lei 5.250/67, de onde se verifica a abordagem expressa da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, sendo perceptível dos votos dos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes.

O Min. Celso de Mello, em longo e erudito voto, ao analisar o conflito havido entre a liberdade de expressão e o direito de personalidade, decorrente da dignidade da pessoa humana, enfatizou a inexistência de direitos ou garantias absolutas, não podendo abarcar comportamentos delituosos, mencionando o direito comparado (em especial o direito norte-americano, caso Virginia v. Black et al.) e utilizando de precedentes do STF, como o HC 85.629/RS, o AI 595.395/SP, o AI AgReg 346.501/SP, e o RE 161.243/DF, mencionando expressamente a existência de instigante discussão de alto relevo constitucional que tal questão enseja, e colacionando ao voto ampla doutrina sobre o tema, concluindo pela total procedência da ADPF com o reconhecimento da incompatibilidade da Lei 5.250/1967 em face da Constituição da República de 1988.

---

[65] Trecho do voto do Min. Celso de Mello: "Cumpre considerar, neste ponto, até mesmo para efeito de exame da questão ora em análise, a advertência de INGO WOLFGANG SARLET (...): 'uma opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado Social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa (...)
É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de se ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais."

[66] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 130/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 30/04/2009. Publicação: 06/11/2009.

Na mesma esteira, o Min. Gilmar Mendes, igualmente em longo e erudito voto tratou expressamente da dupla dimensão (direito subjetivo e elemento fundamental da ordem constitucional objetiva) da liberdade de imprensa na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, em especial, do famoso caso *Lüth*, bem como, dos casos *Spiegel* e *Blinkfüer*, trazendo à baila vários posicionamentos doutrinários nacionais e internacionais acerca do assunto, consignou ainda, que a dimensão objetiva é elemento imprescindível à compreensão do significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito, e que tal caráter institucional impõe ao legislador o dever de dar conformação, conferindo efetividade à garantia institucional, definindo, nos termos exigidos pela Constituição, as dimensões da liberdade de imprensa e os demais valores fundamentais carentes de proteção.

Do voto do supracitado ministro tem-se a idéia de adoção expressa da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas (*unmittelbare Drittwirkung*), ao contrário do que havia defendido em julgados anteriores[67], enfatizando a necessidade de intervenção legislativa para garantia da dimensão objetiva do direito fundamental de resposta, à imagem, à honra e à privacidade, bem como, que a ausência de regras mínimas para o exercício efetivo de tais direitos pode instaurar grave estado de insegurança jurídica, concluindo seu voto pela parcial procedência da ADPF, com a não-recepção da Lei 5.250/1967, com exceção dos dispositivos que tratam do direito de resposta.

Conclusões

Analisada a evolução histórica e as bases introdutórias da jurisdição constitucional, bem como os modelos ou sistemas de controle de constitucionalidade (norte-americano, europeu ou austríaco, francês e canadense), denota-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema misto, nas modalidades difusa-concreta e a concentrada-abstrata.

---

[67] RE 201819-8/RJ.

Idp MESTRADO

Na primeira modalidade de controle de constitucionalidade, o mesmo é exercido por qualquer juiz ou tribunal, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, diante de um determinado caso concreto, e a segunda é realizada exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de decisões com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública, direta ou indireta, em face de leis ou atos normativos.

Não obstante a tais modalidades, verifica-se ainda, que a jurisdição constitucional é exercida como forma de efetivação dos direitos fundamentais, onde o Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado no sentido de solucionar situações de colisão de direitos, ou mesmo de leis ou atos normativos que afrontem tais direitos, seja reconhecendo a inconstitucionalidade da norma ou ato, seja dando interpretação conforme à Constituição.

Os direitos fundamentais passaram a ser concebidos em sua dupla dimensão (subjetiva e objetiva), e esta última resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional, os quais influem sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos, e todas as leis devem ser interpretadas e limitadas pelos direitos fundamentais, cujo conteúdo de valor deve ser protegido.

Especial atenção mereceu a abordagem da incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, bem como, a jurisdição constitucional desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal reconhecendo tal incidência nos casos em que foi instado a pronunciar-se, onde, inicialmente tratou-se de explanar sobre as principais teorias existentes acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (teoria da eficácia indireta ou mediata - *mittelbare Drittwirkung*, e da eficácia direta ou imediata - *unmittelbare Drittwirkung*), bem como, de teorias alternativas como, a *State Action,* a atribuição das lesões ao Estado (convergência estadista).

Ao analisar o histórico de julgados do STF, onde a pesquisa não foi exaustiva, mas por meio de amostragem, constatou-se que a Corte tem reconhecido a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, onde, inicialmente, a reconhecia de forma implícita

e sem a necessária discussão teórica quanto à forma, limites e critérios de aplicação, o que perdurou até o ano de 2005, vindo a partir do RE 201.819-8/RJ a ser reconhecida de forma expressa pelos ministros, sendo corriqueira a adoção da técnica de ponderação de direitos colidentes.

Assim, evidencia-se a existência de uma jurisdição constitucional no sentido da efetivação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sendo facilmente identificável junto ao Supremo Tribunal Federal o pronunciamento dos ministros em determinados casos de relações puramente jurídico-privadas em que se reconheceu a obrigatoriedade de observância e respeito a tais direitos.

Referencias bibliográficas:

Arquidiocese de São Paulo. **Brasil nunca mais**. Petrópolis, Vozes,1985.

HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales; 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. tradução de João Baptista Machado. 6ª Ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1984.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTINS, Leonardo. Do Vínculo do Poder Judiciário aos Direitos Fundamentais e suas implicações práticas. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, ano 5, n.º 2, pp. 89-127, jul/dez. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

________. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

________. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ORTIZ, R. **Cultura brasileira e identidade cultural**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. **Revista dos Tribunais ONLINE – Revista de Direito do Consumidor**, v. 61, p. 90, jan. 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2 ed., 2008.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Trad. Leonardo Martins, Beatriz Hennig, Marianna Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldes Ferreira. Montevideo: FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY, 2005.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**/Thiago Luís dos Santos Sombra. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Aplicação Direta dos Direitos Fundamentais ao Regime das Associações. **Revista dos Tribunais ONLINE Soluções Práticas** – Tepedino, v. 1, p. 19, nov. 2011.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**/André Rufino do Vale. - Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais

Eitel Santiago de Brito Pereira

Introito

Enfrento, neste artigo, um assunto recorrente nas pesquisas de Direito Político: a relação existente entre a Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais, no Estado Moderno.

A análise dos ordenamentos dos povos permite ao pesquisador detectar as diferenças entre as diversas organizações políticas surgidas ao longo da História. Com base nas dessemelhanças, os estudiosos agrupam as Soberanias em cinco tipos básicos: (a) Estado Antigo; (b) Estado Grego; (c) Estado Romano; (d) Estado Medieval; e (e) Estado Moderno.

O Brasil e a maioria das Potências do Ocidente abrigam as particularidades do Estado Moderno, que nasceu, segundo Georg JELLINEK, como unidade de associação organizada de conformidade com uma Constituição, fadada a remover os antagonismos existentes no Medievo entre o rei e o povo, e entre o poder espiritual e o temporal[68].

Salvo nos países da *"common law"*, sobressaem como traços do Estado Moderno a existência de uma Constituição escrita enunciando as prerrogativas fundamentais das pessoas, separando e distribuindo as funções do poder em órgãos independentes e harmônicos, criando e assegurando mecanismos eficientes para a defesa dos direito humanos. Apesar disso, a história do Estado Moderno não é a descrição de um constante progredir. Pelo contrário, é um relato que revela avanços e regressões bem retratados nos modelos formados por esse tipo de organização política.

---

[68] El Estado moderno ha nacido como unidad de asociación organizada conforme a una Constitución, gracias a haber dominado el doble dualismo que forman rey y pueblo y el poder espriritual y temporal. – JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado.** Prólogo y traducción de Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000,2004. Págs. 311 e 312.

Trago, neste escrito, algumas informações sobre esses temas, recordando o evolver do Estado Moderno desde o seu aparecimento em sua versão liberal, no século XVIII, até os dias atuais, quando assumiu, a partir da segunda metade da última centúria, os contornos organizacionais do que hoje se chama de Estado Democrático de Direito.

Memoro, por oportuno, o significado do termo Constituição, aclarando o sentido da locução Jurisdição Constitucional. Sustento, ainda, que o controle de constitucionalidade dos atos produzidos pelos órgãos encarregados de exercer as funções do poder, chamado pela doutrina americana de *"judicial review",* é um eficiente mecanismo de proteção dos direitos humanos. Invoco, para tanto, exemplos encontrados nas decisões de processos e recursos submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal,

No final, recordo as críticas que consideram o controle de constitucionalidade afrontoso à democracia e, também, os argumentos que as rebatem, para concluir que a Jurisdição Constitucional, nos moldes como é exercida no Estado Democrático de Direito, coloca-se como valioso instrumento de preservação dos direitos e garantias fundamentais.

2. Evolução do Estado Moderno

O Estado Moderno é uma organização submetida a uma Constituição, ou, noutras palavras, uma organização que evoluiu, superando o estágio primitivo do poder arbitrário, para se colocar como Estado de Direito.

Apesar disso, a submissão das autoridades públicas ao ordenamento constitucional não desponta como único pressuposto necessário à configuração do referido modelo. Se o fosse, poder-se-ia apontar como exemplos de Estado de Direito quaisquer Potências descomprometidas com os valores da liberdade, igualdade e fraternidade das pessoas. O conceito envolveria, se lhe emprestasse tal sentido, até as ditaduras e os totalitarismos da Itália fascista, da Alemanha nazista e dos comunismos da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e da República Popular da China.

No entanto, não é assim que acontece. Vinculado ao movimento constitucionalista[69], o Estado de Direito proveio da vitoriosa conflagração liberal da segunda metade do século XVIII (Independência Americana e Revolução Francesa). Materializou-se com a concretização de vários traços. Não basta, para caracterizá-lo, a subordinação das autoridades políticas a um regime de legalidade. Faz-se necessário ainda que haja pluralismo político e partilha das funções do poder em órgãos distintos, independentes e harmônicos; que se enunciem os direitos humanos fundamentais e se estabeleçam os mecanismos destinados a protegê-los contra quaisquer abusos das autoridades constituídas.

Desse modo, da vigência de uma Constituição disciplinando a conquista e o exercício do poder numa coletividade, nunca se deve concluir que existe respeito aos direitos dos cidadãos. Sempre será preciso examinar de que ordem se trata. A Lei Fundamental tornar-se-á irrelevante, se não houver um governo eleito pelo povo, ou se não estiverem separadas as funções do poder, ou se não existir a declaração enumerando os direitos fundamentais e a previsão de técnicas destinadas à respectiva proteção.

Philippe ARDANT perfilha a orientação exposta. Fala da equivocidade da locução, pois não há Estado sem Direito. Registra, outrossim, que o Estado de Direito não existe sem democracia. Considera o professor francês essencial a reflexão do pesquisador sobre o conteúdo das leis e seus objetivos, os instrumentos disponibilizados aos cidadãos para a defesa de suas prerrogativas fundamentais e a independência da Justiça para assegurá-las.[70]

---

[69] O constitucionalismo "visa estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas." – FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 36ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 33.

[70] "Mais l'expression Etat de droit est équivoque, car tout Etat est un Etat de droit, puisqu'il il n'y a pas d'Etat sans droit. Le fait que l'Etat se reconnaisse comme soumis au droit, aux règles qu'il édicte, n'est pas à lui seul une garantie pour les citoyens, encore faut-il savoir de quel droit il s'agit: l'Allemagne nazie était-elle un véritable Etat de droit? No car l'Etat de droit ne va pas sans la démocratie, il faut tenir compte du contenu du droit, de ses objectifs, des moyens mis à la disposition des individus pour faire respecter le droit, de l'independence de la justice..." – ARDANT, Philippe. **Institutions Politiques & Droit Constitutionnel**. 12ª édition. L.G.D.J. – Librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris: 2000. P. 54.

Os estudos constitucionais geralmente apontam o histórico entrelace entre os direitos humanos e a natureza democrática da organização política advinda do liberalismo. No meio jurídico nacional, Oscar Dias CORRÊA avalia que o Estado de Direito sempre cuida da *"asseguração dos direitos dos cidadãos, individual e socialmente considerados."* Aliás, explica o Ministro do Supremo Tribunal Federal que:

> (...) Essa preocupação, que vem da Declaração da Constituição americana de 1786 e se cristalizou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, universalizando-se com a Declaração dos Direitos Humanos da ONU, em 1948, acabou por incorporar-se, modernamente, a todos os textos constitucionais.
> Nenhum Estado se sujeitou a não a incluir em sua Lei Fundamental, e, mais recentemente, passou ela a preceder as demais disposições relativas à estrutura do Estado, como a significar sua precedência e sua prevalência; embora, em muitos deles, não passe de declaração literária, sem efetividade, e, em outros, bem intencionados, mas incapazes de cumpri-los, de princípios programáticos ideais."[71]

Apesar de sua original preocupação com a democracia e os direitos humanos, de conteúdos individuais e sociais, não escapou o Estado de Direito de sofrer desgastes com o correr dos anos. Algumas Soberanias constitucionalmente estruturadas não dispuseram de outros atributos indispensáveis para formar governos democráticos, dando origem a autocracias ditatoriais e totalitárias. Outras, embora obedientes às principais diretrizes da democracia representativa – pluralismo político, eletividade das funções legislativas e executivas, periodicidade dos mandatos, liberdade de expressão, princípio da maioria etc. –, assumiram feições acentuadamente abstencionistas. Enalteceram os direitos de primeira geração (vida, liberdade – inclusive política –, propriedade, segurança, nacionalidade e cidadania), mas não interferiram nas questões sociais e econômicas, permanecendo, portanto, indiferentes às lutas das classes, adotando uma neutralidade insensível aos dramas provocados pelas injustiças sociais.

---

[71] CORRÊA, Oscar Dias. A Constituição de 1988 – Contribuição Crítica. *In* Estudos de Direito Político-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. P. 269.

O Estado Moderno, no modelo liberal clássico, deixou, por conseguinte, de atender às aspirações da maioria do povo, perdendo paulatinamente a legitimidade, sobretudo após o triunfo, no século XX, das revoluções russa e chinesa.

As rebeliões socialistas fomentaram o aparecimento de outro padrão de organização política. Em nome da igualdade, surgiu o chamado Estado Social, impondo aos governos atuações positivas na defesa das prerrogativas fundamentais de segunda geração, nas quais se colocaram os direitos sociais referentes ao trabalho e lazer, como também os relacionados à educação, saúde, moradia, previdência e assistência social.

No cadinho das sublevações aludidas, compôs-se o arcabouço do Estado Social, que se concretizou em dois padrões distintos conforme as necessidades de adaptação às exigências das sociais democracias e dos comunismos autocráticos.

Após o triunfo das ideias socialistas, que recomendam a erradicação ou, pelo menos, o abrandamento das desigualdades, os países que preservaram as liberdades civis e não eliminaram a propriedade privada dos meios de produção formaram as sociais democracias. Enquanto isso, os que mais se desviaram dos valores democráticos, consagrados pelo liberalismo, construíram as autocracias comunistas.

As sociais democracias ajustaram o padrão liberal clássico de Estado às novas exigências decorrentes da afirmação dos direitos sociais. Já as autocracias comunistas representaram uma autêntica ruptura com alguns valores da organização política procedente daquele primeiro modelo.

Nos dois tipos de Estado Social, os governantes passaram a intervir na ordem econômica para garantir maior igualdade entre os seres humanos. Todavia, as experiências do comunismo demonstram que, nos países em que prevaleceu aquele regime, os dirigentes não hesitaram em eliminar a propriedade privada dos meios de produção e em suprimir o pluralismo, restringindo demasiadamente as liberdades civis, silenciando as minorias, amordaçando a imprensa e impedindo o povo de fiscalizar os atos do governo.

Funcionou o Estado Social, nos comunismos, de maneira antidemocrática, abrigando a ditadura do proletariado, que logo se transformou num sistema totalitário, intolerante e cruel com as minorias dissidentes. Esgotou-se, assim, a esperança de igualdade preconizada pelo socialismo com a implantação das autocracias comunistas, que se debilitaram mergulhadas no lamaçal da prepotência de seus dirigentes e findaram soçobrando no lodaçal da corrupção administrativa, dos privilégios da burocracia e da falta de transparência dos respectivos governos.

Sem desconhecer a sua contribuição de afirmar e reconhecer os direitos de segunda geração, vejo o Estado Social, em sua versão comunista da ditadura do proletariado, como um tremendo retrocesso político. Por isso, gerou insatisfações, que foram reprimidas por algum tempo, mas terminaram eclodindo nas revoltas coletivas, provocando a sua extenuação e posterior ruína.

Também nas sociais democracias, o Estado Social esvaziou-se por força da chegada de uma terceira geração de direitos fundamentais, ainda pouco mencionados na época da consolidação daquele modelo. Esta concausa estimulou o engenho político dos estudiosos, que idealizaram outro protótipo de organização política: o Estado Democrático de Direito.

Efetivamente, a evolução da doutrina dos direitos e garantias fundamentais trouxe à discussão uma terceira geração dessas prerrogativas, destinadas a fortalecer a solidariedade entre as pessoas, com o propósito de melhorar a qualidade de vida de todos os seres humanos.

Já existem referências aos direitos humanos de terceira geração em documentos internacionais (a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981, e a Carta de Paris para uma nova Europa, de 1990). Assim, é possível adiantar que são de terceira geração os direitos concernentes à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao usufruto do patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos, e à comunicação.

Por não envolver a observância das prerrogativas de terceira geração, que, por vezes, entram em conflito com outros direitos fundamentais, esvaziou-se o Estado Social.

Dos escombros dos dois arquétipos de Estado procedentes do liberalismo e do socialismo, germinou o Estado Democrático de Direito. O novo padrão de organização política submete o poder à ordem constitucional e impõe ações positivas aos governantes para a proteção dos direitos sociais sem suprimir as liberdades, pois o seu interesse é que todos tenham a possibilidade de influenciar na formação e no exercício dos governos.

Os constituintes brasileiros de 1988 aceitaram o paradigma, acrescentando o lexema Democrático à expressão Estado de Direito. Influenciados pela experiência constitucional portuguesa, evidenciaram com esse gesto a origem popular do poder e a necessidade de observância dos valores que informam a democracia.[72]

Há quem repute excessiva a locução. Oscar Dias CÔRREA, por exemplo, pondera que:

> (...) quem fala em estado democrático há de, necessariamente, referir-se a estado democrático de direito, expressão redundante, se não pode haver Estado democrático que não seja de direito e, ainda, que o estado de direito possa não ser democrático.
> Aliás, em tese, quem fala em estado de direito deveria referir-se a Estado democrático (como no Preâmbulo da Constituição de 1988), ou seja, em que o Estado assegura aos cidadãos os seus direitos, se o homem não pode viver fora da sociedade e o Estado é a representação desta.
> O Estado de direito, já afirmamos, seria aquele
> 'no qual se asseguram as condições de exercício da liberdade pelo homem. Em que o Estado, como representante da

---

[72] Dispõe expressamente nossa Carta Magna:
"Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I. a soberania;
II. a cidadania;
III. a dignidade da pessoa humana;
IV. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V. o pluralismo político."
"Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição."

> sociedade dos homens, lhes garante o pleno exercício de suas virtualidades, estabelecendo-lhes normas que a balizam, os limites dentro das quais devem exercitar-se e em que a sociedade é reconhecida como o *habitat* natural do homem, feito para integrá-la e só podendo sobreviver, coexistir e conviver nela'."[73]

Em contraposição, José Afonso da SILVA aplaude a nomenclatura, aduzindo que a tarefa do Estado Democrático de Direito *"consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social."*[74] Esclarece, inclusive, que a Carta Política

> (...) não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana."[75]

Parece-me mais correta a segunda posição. Nem o Estado de Direito, no modelo do liberalismo clássico, nem o Estado Social, nos padrões do comunismo e da social democracia, se mostraram capazes de atender todas as aspirações de organização política da sociedade no momento atual. Assim, o uso da novel expressão, além de evitar ambigüidades, revela a superação de conceitos com a incorporação e a harmonização de valores presentes no Estado de Direito e no Estado Social.

Sobre o tema, Paulo BONAVIDES explana que "nem a revolução francesa se legitimou pelo terror, nem a revolução russa pela ditadura do proletariado e sua burocracia". Sem a primeira, "continuaria o gênero humano vivendo debaixo do cetro daqueles reis e rainhas, diante de cujo despotismo o povo se prostrava, coisificado e genuflexo, sem direitos, sem liberdade, sem participação." Sem a segunda, "o mundo estaria atado à cruel liberdade individualista do capitalismo selvagem do Século XIX". Deve-se reconhecer

---

[73] CORRÊA, Oscar Dias. O Estado Democrático na Constituição de 1988 – *in* Estudos de Direito Político-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2010. P. 510.
[74] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001. P. 126.
[75] SILVA, José Afonso da. Obra citada. P. 124.

que, apesar dos respectivos desvios, as duas conflagrações contribuíram para o aparecimento do Estado Democrático de Direito, que a sociedade hodierna criou, proclamando "o primado dos direitos humanos fundamentais." [76]

3. Constituição e Jurisdição Constitucional

A Constituição tem diferentes significados. Pode ser encarada como sistema de regras e princípios que informam as linhas básicas da organização política de uma coletividade, ou vista como um símbolo por representar o ato de fundação do Estado, exprimindo a existência de sua singularidade soberana na sociedade internacional.

Repositório dos traços essenciais de uma Potência, a Carta Magna estabelece limites ao exercício das funções do poder, inclusive impondo restrições ao conteúdo da legislação futura. Equivale, ademais, a um comunicado de submissão da potestade política às prescrições da ordem jurídica nela fixada.

Fruto do labor do constituinte, a Lei Fundamental precede em importância às demais espécies normativas feitas pelos poderes constituídos de conformidade com o processo legislativo que ela própria prevê.[77] Tal circunstância lhe confere o atributo da supremacia na ordem jurídica.

Foi nos Estados Unidos da América que a supremacia constitucional se consolidou. Bem por isso, anota Lawrence Meir FRIEDMAN que, em sua pátria, *"somente a lei é suprema."*[78] Noutra passagem, ele esclarece que o atributo da superioridade pertence à lei constitucional, cujas palavras e regras expressam a vontade popular, que não pode ser mudada pelas autoridades constituídas.

---

[76] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009. Págs. 210 e 211.

[77] As outras espécies normativas são, de acordo com o artigo 59 (incisos I/VII) da Constituição, as emendas à Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções.

[78] - (…) "In our society, there is no horse without a bridle. Nobody – not the mayor of Menphis, not the governor of New York, not the president, not the Supreme Court itself – is supposed to be truly, absolutely supreme. Only the law is supreme." FRIEDMAN, Lawrence Meir. **American Law.** New York/NY: W. W. Norton & Company, 1984, p. 13.

Registra o jurista estadunidense que os órgãos do Judiciário são responsáveis pela defesa da Constituição, tendo, por força do famoso poder de revisão judicial, a missão de verificar se os atos dos poderes constituídos são incompatíveis com a ordem constitucional, para, nesta hipótese, anulá-los.[79]

Decorre da supremacia constitucional a hierarquização da ordem jurídica no plano interno. A Constituição fica no ápice do sistema, servindo de fundamento de validade para as outras leis, que devem ser feitas nos limites da forma e conteúdo delineados no seu texto. Por tudo isso, quaisquer normas precisam ter conteúdo compatível com o da Lei Maior, convindo, sobre o assunto, invocar o magistério de Inocêncio Mártires COELHO:

> (...) Visualizado o ordenamento jurídico como uma estrutura hierarquizada de normas, cuja base repousa na ficção da norma fundamental hipotética, de que se utilizou Hans Kelsen para descrever a estática e a dinâmica jurídicas e, assim, a própria existência do direito, emerge nítida a supremacia da Constituição como ponto de apoio e condição de validade de todas as normas jurídicas, na medida em que é a partir dela, como dado da realidade, que se desencadeia o processo de produção normativa, a chamada nomogênese jurídica, que, em nosso direito positivo, por exemplo, está disciplinada, sob o título do processo legislativo, nos arts. 59 a 69 da Constituição de 1988.
> Noutras palavras, pela sua própria localização na base da pirâmide normativa, é a Constituição a instância de transformação da normatividade, puramente hipotética, da norma fundamental, em normatividade concreta, dos preceitos de direito positivo – comandos postos em vigor – cuja forma e conteúdo, por isso mesmo, subordinam-se aos ditames constitucionais. Daí se falar em supremacia constitucional formal e material, no sentido de que qualquer ato jurídico – seja ele normativo ou de efeito concreto –, para ingressar ou permanecer, validamente, no ordenamento, há de se mostrar conforme aos preceitos da Constituição."[80]

---

[79] (…) "The constitution is the supreme law of the land. It is the highest authority. No person, and no branch of the governement - not the President, not the Congress, certainly not the corner policemam - has the right to set the Constitution aside, its words and it rules are law. The courts are guardians of the Constitution. They have the right to check unconstitutional actions - to declare them null and void.
This is the famous power of judicial review…" – FRIEDMAN, Lawrence Meir. **American Law.** New York/NY: W. W. Norton & Company, 1984, p. 13.

[80] COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional.** Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet BRANCO. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2009, págs. 14 e 15.

Bem se vê que a Constituição tem, em países como o Brasil, supremacia, sendo esta superioridade um princípio basilar da ordem jurídica interna. Desse modo, todas as situações jurídicas precisam se amoldar aos comandos normativos da Carta Magna. Se forem incompatíveis, haverá a inconstitucionalidade, que configura um vício sancionado com a nulidade.

Atento ao tema, Gilmar Ferreira MENDES acentua que a falta de uma punição esvaziaria "o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica." Por isso, a pena qualificada de nulidade compõe o conceito de inconstitucionalidade, tornando indispensável uma Jurisdição especial para deliberar no procedimento de anulação do ato contaminado por aquele defeito. Esclarece o Ministro do Supremo Tribunal Federal que o conceito de inconstitucionalidade refere-se a "atos ou omissões dos Poderes Públicos." E completa:

> A violação da ordem constitucional por entes privados, embora relevantes do prisma do direito constitucional, não se equipararia, segundo esse entendimento, à ofensa perpetrada pelos órgãos públicos, destinatários primeiros de seus comandos normativos."[81]

Convém acrescentar que a inconstitucionalidade não se concretiza apenas quanto às condutas positivas e contrárias à Constituição do agente político ou do administrador. Verifica-se, ainda, nas hipóteses em que eles se omitem, deixando de praticar os atos necessários a tornar as normas constitucionais aplicáveis. Numa ou noutra hipótese, o comportamento se considera inconstitucional, gerando, no primeiro caso, a nulidade dos atos normativos e das leis dele resultantes, e, no segundo, um mandamento judicial para que sejam adotadas as providências necessárias à efetivação do preceito constitucional.

As ações e recursos destinados a tais propósitos, previstos na própria Carta Magna, de maneira explícita ou implícita, integram o conceito da locução

---

[81] MENDES, Gilmar Ferreira. **Obra citada.** P. 1.054.

Jurisdição Constitucional, para a qual o Ministro Luiz Fux confere o amplo sentido de *"aplicação, pelo judiciário, das normas constitucionais."* [82]

André Ramos TAVARES, por seu turno, compreende a Jurisdição Constitucional como uma parcela da "atividade pela qual se realiza jurisdicionalmente, vale dizer, consoante método jurídico processual, a proteção da Constituição em todas as suas dimensões."[83]

Ambas as conceituações são adequadas, porque o nosso País adotou o sistema de controle judicial de constitucionalidade, reservando aos órgãos do Judiciário a fiscalização da compatibilidade das leis e atos normativos com a Constituição da República.

4. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais

Como já salientei noutra ocasião[84], o poder de revisão judicial – denominado *"the power of judicial review"* –, acolhido pelo Direito Constitucional brasileiro, apareceu no constitucionalismo estadunidense. Todavia, encontra-se a sua fonte originária na época do *"common law"*. Edward S. CORWIN'S anota que, ao tempo do Direito costumeiro já havia a compreensão de que certos princípios fundamentais integram uma lei maior e inalterável pelo Parlamento. Demonstrando sua conjectura, ele lembra fatos históricos. Recorda que sobre o tema pronunciou-se o Chefe da Justiça COKE, no ano de 1610, em sua famosa manifestação no caso BONHAM'S, empregando as seguintes palavras: *"Quando um ato do Parlamento é contra o*

---

[82] FUX, Luiz. Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, P. 29.
[83] TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 144.
[84] PEREIRA, Eitel Santiago de Brito. **Política, Ética e Estado**. João Pessoa: Ideia, 2011. Págs. 214/218.

direito e a razão comum..., deve ser controlado, decidindo-se por sua anulação."[85]

Segundo CORWIN'S, a ideia serviu inicialmente aos americanos como arma contra as pretensões do Parlamento da Inglaterra, na agitação que os levou à Revolução. Por isso, o jurista memora que, em 1765, o governador real da Província de Massachusetts escreveu ao Governo inglês, indicando o principal argumento contra a Lei do Selo: o ato violava a 'Magna Carta' e os direitos naturais dos ingleses, sendo, portanto, de acordo com Lord COKE, uma lei *"nula e sem efeito"*. [86]

Ainda nas vésperas da Declaração da Independência, relata CORWIN'S que o Juiz William CUSHING, depois nomeado por WASHINGTON para integrar a Suprema Corte em sua original composição, também usou argumentação semelhante ao cobrar do júri de Massachusetts que ignorasse atos do Parlamento, considerados nulos e sem efeito. Nesse caso, a deliberação de CUSHING mereceu os aplausos de John ADAMS, influente político, que chegou a ser Presidente dos Estados Unidos da América do Norte. A doutrina de COKE permaneceu em voga e continuou sendo evocada pela Suprema Corte dos Estados Unidos até 1874. [87]

Promulgada a Constituição escrita dos Estados Unidos da América, novas bases para o controle judicial foram sugeridas. Passou-se a considerar natural esse monitoramento, escorando-se nos argumentos apresentados por Alexander

---

[85] (…) The initial source of judicial review, however, is much older than the Constitution and indeed of any American constitution. It traces back to the common law, certain principles of which were earlier deemed to be 'fundamental' and to comprise a 'higher law' which even Parliament could not alter. 'And it appears,' wrote Chief Justice Coke in 1610, in his famous dictum in Bonham's case, 'that when an act of Parliament is against common right and reason... the common law will control it and adjudge such act to be void'… – CORWIN'S, Edward S. **The Constitution and what it means today.** Revised by Harold W. Chase and Craig R. Ducat. Fourteenth Edition. Princeton/New Jersey: Princeton University Press, 1978, P. 221 e 222.

[86] (…) This idea first commended itself to Americans as offering an available weapon against the pretensions of Parliament in the agitation leading to the Revolution. Thus in 1765 the royal governor of Massachesetts Province wrote his governement that the prevailing argument against the Stamp Act was that it contravened 'Magna Charta' and the natural rights of Englishmen and therefore, according to Lord Coke, was 'null and void'… – CORWIN'S, Edward S. **Obra citada.** P. 221.

[87] (…) on the eve of the Declaration of Independence Judge William Cushing, later one of Washington's appointees to the original bench of the Supreme Court, charged a Massachusetts jury to ignore certain acts of Parliament as 'void and inoperative,' and was congratulated by John Adams for doing so. In fact, the Cokian doctrine was invoked by the Supreme Court of the United States as late as 1874." – CORWIN'S, Edward S. **Obra citada.** P. 221 e 222.

HAMILTON, um dos autores do livro *"The Federalist"*, onde estão os artigos dele, de James MADISON e de John JAY, que tanto influenciaram os trabalhos de elaboração da Constituição Federal, durante a Convenção da Filadélfia.

De acordo com HAMILTON, a interpretação das leis é da própria e peculiar competência dos Tribunais. A Constituição consiste, de fato, numa lei fundamental, assim devendo ser vista pelos Juízes. Pertence, portanto, aos Magistrados a atribuição de determinar o seu significado, como o de qualquer outra lei proveniente do Legislativo; e, se houver discrepância entre as duas, os Juizes deverão preferir a Constituição à legislação ordinária, a intenção do povo, declarada nas regras constitucionais, à intenção dos legisladores, expressa na lei comum.[88]

Como se percebe, a Jurisdição Constitucional sempre esteve interligada à doutrina dos direitos humanos. Assim, ingressou e vem se aprimorando na ordem jurídica nacional. Mais adiante citarei decisões do órgão de cúpula da Jurisdição Constitucional – o STF – em defesa dos direitos e garantias fundamentais. Por enquanto, devo trazer algumas informações sobre a incorporação do *"judicial review"* ao Direito nacional.

Inexistia, na época do Império, o controle de constitucionalidade, que somente passou a ser previsto entre nós a partir da primeira Constituição republicana. Com efeito, a Lei Fundamental de 1891 permitiu o exercício do controle de constitucionalidade de modo incidental e difuso, em ações e recursos levados ao conhecimento dos Juízes e Tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Judiciário.

Por sua vez, a Carta de 1934 trouxe três inovações: (a) exigiu o voto da maioria absoluta dos membros dos Tribunais para a declaração de inconstitucionalidade; (b) entregou ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, considerados inconstitucionais pelo Judiciário; e (c) criou a possibilidade de controle por via principal e concentrada, ao conferir ao Procurador-Geral da República legitimidade para provocar o Supremo

[88] (…) With, however, the establishment of the first written constitutions, a new basis for judicial review was suggested, the argument for which was elaborated by Hamilton, with the pending Federal Constitution in mind, in The Federalist, Nº 78, as follows: 'The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is in fact, and must be regarded by the judges as, a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body, and, in case of irreconcilable difference between the two, to prefer the will of the people declared in the constitution to that of the legislature as expressed in statute. – CORWIN'S, Edward S. **Obra citada.** P. 222.

Idp MESTRADO

Tribunal Federal a se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei que decretou a intervenção federal em Estado acusado de não observar princípios constitucionais, ou de impedir a execução de leis federais.

Outra novidade veio com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que alterou a Constituição de 1946, instituindo o controle concentrado e abstrato, ao conferir ao Pretório Excelso a competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, julgando representação do Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1967, por força da Emenda nº 1, de 1969, previu a ação direta no âmbito dos Estados membros, em hipótese de intervenção nos Municípios. Posteriormente, com a edição da Emenda nº 7, de 1977, deu-se ao Supremo Tribunal Federal competência para deferir liminar em representação de inconstitucionalidade, e, ainda, para estabelecer o significado de uma norma jurídica, sendo esta última atribuição suprimida pela nova ordem constitucional.

A leitura da Constituição de 1988 revela que se continua praticando o sistema eclético de controle, ampliando-se a dimensão da Jurisdição Constitucional. Muito contribuiu para isso a ampliação do elenco de legitimados a promover as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade (art. 103, I/IX, da CF), e, também, a introdução de novos procedimentos. Sobre o assunto, lembra Gilmar Ferreira MENDES que,

> (...) ao lado do amplo sistema difuso, que outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação da lei *in concreto* (CF de 1988, arts. 97, 102, III, *a* a *d*, e 105, II, *a* e *b*) e dos novos institutos do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção, do habeas data e da ação civil pública, consagra-se, no sistema constitucional brasileiro: a) a ação direta de inconstitucionalidade do direito federal e do direito estadual em face da Constituição, mediante provocação dos entes e órgãos referidos no art. 103 da Constituição; b) a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal em face da Constituição Federal, mediante provocação de entes e órgãos referidos no art. 103 da Constituição; c) a representação interventiva, formulada pelo Procurador-Geral da República, contra ato estadual considerado afrontoso aos chamados princípios sensíveis ou, ainda, para assegurar a execução de lei federal; d) a ação direta por omissão, mediante provocação dos entes e órgãos referidos no art. 103 da Constituição.

> É, portanto, nesse novo contexto que se aprecia o controle incidental ou concreto de normas. [89]

A fiscalização judicial geralmente é repressiva, pois a propositura de ação, ou a deflagração do incidente processual, para obter do Judiciário a declaração de inconstitucionalidade, pressupõe, evidentemente, a existência da lei ou do ato questionado. Assim, a nossa fiscalização judicial é normalmente repressiva. Todavia, o Ministro Gilmar Ferreira MENDES fala de uma hipótese de manifestação preventiva desse controle, lembrando os casos de mandados de segurança ajuizados por parlamentares, com o objetivo *“de impedir a tramitação de projeto de emenda constitucional lesiva às cláusulas pétreas (CF, art. 60,§ 4°)”*. [90]

Noticiada, de forma sucinta, a incorporação e evolução do sistema de proteção judicial da Constituição no Brasil, demonstro o importante papel que a Jurisdição Constitucional vem exercendo na salvaguarda e efetivação de direitos fundamentais, invocando, com tal propósito, alguns precedentes do Pretório Excelso.

Assim, por exemplo, com relação aos direitos das pessoas com deficiência, discorreu a Augusta Corte:

> Ação direta de inconstitucionalidade: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros – ABRATI. Constitucionalidade da Lei 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além de ausência de indicação de fonte de custeio (arts. 1º, IV; 5º, XXII; e 170 da CF): improcedência. A autora, associação de classe, teve sua legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento da ADI 3.153-AgR, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 9-9-2005. Pertinência temática entre as finalidades da autora e a matéria veiculada na lei questionada reconhecida. Em 30-3-2007, o Brasil assinou, na sede da ONU, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza

---

[89] MENDES Gilmar Ferreira. **Obra citada.** P. 1112.
[90] MENDES, Gilmar Ferreira. **Obra citada.** P. 1.056.

> pela definição de meios para que eles sejam alcançados." (**ADI 2.649**, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, julgamento em 8-5-2008, Plenário, *DJE* de 17-10-2008).

Já na defesa da livre manifestação do pensamento e da informação, posicionou-se no sentido de que:

> A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado 'poder social da imprensa'." (**ADPF 130**, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 30-4-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009). **No mesmo sentido**: **ADI4.451-MC-REF**, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 2-9-2010, Plenário, *DJE* de 24-8-2012.

Noutras oportunidades, visando efetivar os fundamentos da cidadania, da dignidade da pessoa humana e de outros direitos fundamentais deles decorrentes, prolatou as decisões seguintes:

> A LEP é de ser interpretada com os olhos postos em seu art. 1º. Artigo que institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isso para favorecer, sempre que possível, a redução de distância entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da CF, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). A reintegração social dos apenados é, justamente, pontual densificação de ambos os fundamentos constitucionais." (**HC**

99.652, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 3-11-2009, Primeira Turma, *DJE* de 4-12-2009).

A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e à efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho. Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho." (**RE 398.041**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 30-11-2006, Plenário, *DJE* de 19-12-2008). No mesmo sentido: **RE 541.627**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 14-10-2008, Segunda Turma, *DJE* de 21-11-2008.

O direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Diante da ausência de intimação de defensor público para fins de julgamento do recurso, constata-se, no caso concreto, que o constrangimento alegado é inegável. No que se refere à prerrogativa da intimação pessoal, nos termos do art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que essa há de ser respeitada." (**HC 89.176**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 22-8-2006, Segunda Turma, *DJ* de 22-9-2006).

Denúncia. Estado de Direito. Direitos fundamentais. Princípio da dignidade da pessoa humana. Requisitos do art. 41 do CPP não preenchidos. A técnica da denúncia (art. 41 do CPP) tem merecido reflexão no plano da dogmática constitucional, associada especialmente ao direito de defesa. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso." (**HC 84.409**, Rel. p/ o ac. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 14-12-2004, Segunda Turma, *DJ* de 19-8-2005).

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal não titubeou em proferir decisões corajosas, com vistas a coibir omissões do Poder Público e a garantir a efetivação dos direitos fundamentais declarados na Carta Magna. Por isso, proclamou que:

> A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)." (**ARE 639.337 - AgR**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, *DJE* de 15-9-2011).

Ademais, tem-se decidido sem temor que o Judiciário, por seu órgão mais proeminente, também se submete à Constituição. Por isso, anunciou, em algumas oportunidades, que está obrigado a *"manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos."* (**Ext 986**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 15-8-2007, Plenário, *DJ* de 5-10-2007.)

Parece-me, portanto, que a Corte Constitucional sempre se preocupa em prestigiar os direitos e garantias fundamentais, por aceitar a lição de J. J. Gomes CANOTILHO, quando adverte que:

> (...) só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar no governo da *polis*. Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um *processo* ou *procedimento justo de participação política se existir um justiça distributiva* no plano dos bens sociais. A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais."[91]

---

[91] CANOTILHO, J. J. Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção – O Núcleo Essencial de Prestações Sociais ou a Localização Incerta da Socialidade (Contributo para a Reabilitação da Força Normativa da "Constituição Social". *In* Direitos Fundamentais Sociais.

Conclusão

Comprovada, inclusive através de exemplos práticos apanhados nas decisões do Supremo Tribunal Federal, a importância da Jurisdição Constitucional na afirmação dos direitos e garantias fundamentais, cabe, à guisa de conclusão, fazer uma referência a respeito da improcedência da principal crítica assacada contra o *"judicial review"*.

No Brasil e na maior parte dos países do mundo Ocidental, os Juízes são escolhidos sem a interferência do eleitorado. Por causa disso, alguns doutrinadores afirmam que eles não têm legitimidade democrática para exercer o controle de constitucionalidade, invalidando as leis feitas pelos representantes do povo.

Quem aceita a censura, nega a supremacia da Constituição em relação às demais espécies normativas, admitindo, em última análise, que o legislador pode violar regras e princípios da Constituição, inclusive afrontando os direitos humanos, sem se submeter a controle algum.

Haveria, então, uma situação embaraçosa, impondo a escolha entre o regime democrático fundado na soberania popular e o controle judicial de constitucionalidade das leis amparado no princípio da supremacia da Constituição e do primado dos direitos fundamentais?

A resposta negativa se impõe. Inexiste antinomias entre as noções de democracia e de Jurisdição Constitucional.

Ao recordar os argumentos dos que rebatem a crítica à Jurisdição Constitucional, assinala George BURDEAU que as decisões judiciais declaratórias de inconstitucionalidade são passíveis de reforma por meio de emendas ao texto da Lei Fundamental. Essa possibilidade revela o caráter democrático do *"judicial review"*, pois os juízes constitucionais ficam sempre submissos ao poder constituinte revisional, que representa a soberania.

Coordenadores: J. J. Gomes Canotilho; Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 19.

Idp MESTRADO

Há quem diga, porém, que tal justificação se esvazia quando se aceita a ideia de que certas disposições da Carta estão a salvo de alteração pelo poder constituinte derivado, ou, ainda, quando se concorda, dentro da mesma concepção, com a assertiva de que os Tribunais Constitucionais podem controlar a compatibilidade das emendas em face dos princípios supraconstitucionais. [92]

Entretanto, em defesa da natureza democrática do *"judicial review"*, tem-se que o regime representativo é uma forma de democracia que não se subordina apenas ao poder da maioria, pressupondo, igualmente, que se assegurem os direitos fundamentais da minoria, de modo a se evitar seu amordaçamento ou sua eliminação. Na democracia, é preciso garantir ao grupo minoritário o usufruto das liberdades e a possibilidade de utilização dos meios necessários para que se torne majoritário algum dia. Nesta perspectiva, o controle de constitucionalidade ostenta natureza democrática, sendo um instrumento de proteção da minoria. [93]

Em objeção aos argumentos até agora desenvolvidos, alegam os adeptos da teoria do realismo jurídico que a ofensa à Constituição não se equipara a um fato objetivo, facilmente constatável pelo Judiciário para invalidar a norma inconstitucional. Pelo contrário, a sua verificação sempre pressupõe a demarcação do sentido do dispositivo malferido da Lei Maior, geralmente redigido de modo vago e ambíguo, a demandar uma prévia e dificultosa interpretação por parte dos magistrados. Assim, a instituição do

---

[92] "(...) les décisions du juge constituionnel peuvent toujours être réformées au moyen d'une révision de la constitution. Cette possibilité révélerait bien le caractére démocratique du contrôle de constitutionnalité, parce qu'il manifeste la subordination du juge constitutionnel au pouvoir constituent, qui représente le souverain. Mais, cette justification du contrôle s'effondre si l'on admet l'idée, conformément à la doctrine de la supra-constitutionnalité, que certaines dispositions constitutionnelles échappent au pouvoir constituent derive et que les cours constitutionnelles peuvent contrôler la conformité des lois de revision à des principes supra-constitutionnels." – BURDEAU, Georges. **Manuel – Droit Constitutionnel**. 24ª édition. Revue e mise à jour par Francis Hamon e Michel Troper. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E. J. A.: Paris, 1995. P. 72.

[93] "(...) on admet que démocratie représentative est une forme de démocratie, mais eel ne se réduit pás au seul pouvoir de la majorité, que ne serait que le pouvoir de la force. Elle consiste aussi dans le garanties de la minorité, que ne doit pas éter oprime para la majorité et que doit disponer des libertés lui permettant d'espérer devenir un jour majorité. Le contrôle de constitutionnalité est ainsi l'instrument de la protection de la minorité." – BURDEAU, George. Obra citada. P. 72.

"judicial review" seria, portanto, antidemocrática, pois subordinaria a soberania popular à vontade do órgão controlador, criando um governo de juízes.

A objeção não resiste às modernas teorias da hermenêutica, que afirmam não depender a interpretação da livre vontade dos julgadores. O juiz constitucional, como intérprete e aplicador da norma, deve sempre se conduzir em harmonia com os princípios e regras da própria Constituição. A Lei Maior é o repositório dos paradigmas que orientam a organização do Estado Moderno, na sua conformação de Estado Democrático de Direito, voltado para a realização do bem comum, num ambiente democrático, onde funciona a Jurisdição Constitucional como mecanismo eficiente de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Referências Bibliográficas

ARDANT, Philippe. **Institutions Politiques & Droit Constitutionnel**. 12ª édition. L.G.D.J. – Librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris: 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. **ADPF 130**, julgamento em 30-4-2009, Plenário, *DJE* de 6-11-2009.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>. Acesso em: 14 de janeiro de 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. **HC 99.652**, julgamento em 3-11-2009, Primeira Turma, *DJE* de 4-12-2009.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>. Acesso em: 14 de janeiro de 2013.

BURDEAU, Georges. **Manuel – Droit Constitutionnel**. 24ª édition. Revue e mise à jour par Francis Hamon e Michel Troper. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E. J. A.: Paris, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção – O Núcleo Essencial de Prestações Sociais ou a Localização Incerta da Socialidade (Contributo para a Reabilitação da Força Normativa da “Constituição Social”. *In* Direitos Fundamentais Sociais. Coordenadores: J. J. Gomes Canotilho; Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional.** Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet BRANCO. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2009.

CORRÊA, Oscar Dias. A Constituição de 1988 – Contribuição Crítica. *In* Estudos de Direito Político-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2010.

CORRÊA, Oscar Dias. O Estado Democrático na Constituição de 1988 – *In* Estudos de Direito Político-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2010.

CORWIN’S, Edward S. **The Constitution and what it means today.** Revised by Harold W. Chase and Craig R. Ducat. Fourteenth Edition. Princeton/New Jersey: Princeton University Press, 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 36ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRIEDMAN, Lawrence Meir. **American Law.** New York/NY: W. W. Norton & Company, 1984.

FUX, Luiz. Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **RE 398.041**, julgamento em 30-11-2006, Plenário, *DJE* de 19-12-2008.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>. Acesso em: 14 de janeiro de 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Ext 986**, julgamento em 15-8-2007, Plenário, *DJ* de 5-10-2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>. Acesso em: 14 de janeiro de 2013.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado.** Prólogo y traducción de Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000,2004.

MELLO FILHO, José Celso de. **ARE 639.337 - AgR**, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, *DJE* de 15-9-2011.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>. Acesso em: 14 de janeiro de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet BRANCO. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **HC 89.176**, julgamento em 22-8-2006, Segunda Turma, *DJ* de 22-9-2006.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>. Acesso em: 14 de janeiro de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **HC 84.409**, julgamento em 14-12-2004, Segunda Turma, *DJ* de 19-8-2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>. Acesso em: 14 de janeiro de 2013.

PEREIRA, Eitel Santiago de Brito. **Política, Ética e Estado**. João Pessoa: Ideia, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **ADI 2.649**, julgamento em 8-5-2008, Plenário, *DJE* de 17-10-2008.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>. Acesso em: 14 de janeiro de 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

Idp MESTRADO

O CONCEITO INDETERMINADO DE PROGNOSE E A LEI 12.401/2011

Flávia Martins Affonso

RESUMO: O artigo, ao cuidar dos limites dos poderes que se encontra investido o Tribunal para, quando da análise do controle de constitucionalidade, rever os fatos e prognoses legislativos, abordará especificamente o conceito indeterminado de prognose, consistente no fato de o legislador propositadamente deixar ao espaço do administrador os cuidados de preenchê-la, dando especial ênfase ao direito sanitário e à Lei nº 12.401/2011, que veio alterar a Lei nº 8.080/90, que juntamente com a Lei nº 8.142/90, vem ser conhecida como Lei Orgânica da Saúde.

Palavras-chaves: Controle de constitucionalidade. Fatos e prognoses legislativos. Conceito indeterminado de prognose. Direito sanitário. Lei nº 12.401/2011.

ABSTRACT: This paper aims to address what are the limits of the powers that the Court is invested for when analyzing the facts and prognoses, by constitutionality control, specifically the concept of indeterminate prognosis, when the legislature purposely leaves space to the administrator care to fill it, with special emphasis on health law and the law 12.401/2011, which amends Law no. 8.080/90, which together with Law no. 8.142/90, comes to be known as the Organic Law of Health

Keywords: Control of constitutionality. Legislative facts and prognoses. Concept undetermined prognosis. Health Law. Law 12.401/2011.

1. Conceito de fatos e prognoses legislativos e o conceito indeterminado de prognose:

Ao elaborarem normas legislativas, os legisladores levam em consideração os fatos legislativos e prognoses realizadas.

Apesar de o conceito de fato legislativo não ser muito preciso, certo ser mais amplo do que o de mera questão de fato, representando todo e qualquer "fato real" (*realer sachverhalt)* que tenha relevo para a aplicação de uma norma, incluindo documentos apresentados no processo legislativo, estudos, e o próprio processo legislativo.

Por sua vez, a palavra prognose está ligada a prognóstico, que vem significar, em sua etimologia, vinda do latim, *pro* (antecipado, prévio) e *gnosticu* (alusão ao conhecimento de alguma coisa).

Prognose, nesse sentido, seria uma antecipação de um conjunto de circunstâncias de fato que, conforme iter normal dos acontecimentos, e tomando dados atuais da realidade, iriam se confirmar, mostrando de relevância a sua regulação pelo legislador.

Não sem existência de críticas, os Tribunais constitucionais vêm realizando, para fins de controle de constitucionalidade da norma, a análise se os fatos e prognoses legislativos têm sido corretamente considerados pelo Legislativo.

A discussão em torno dos fatos e prognoses legislativos perpassa necessariamente pelos limites dos poderes que se encontra investido o Tribunal para revê-los, quando da análise do controle de constitucionalidade da norma. A pergunta que merece ser feita é- Qual legitimidade, dentro da divisão dos poderes, teria o Tribunal para afirmar que a prognose do legislador, também baseada em estudos, estaria errada, enquanto a sua correta?

Antônio Francisco de Sousa, jurista português, em sua obra "Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo"[94], procura sistematizar o juízo prognóstico da seguinte forma, estabelecendo que a prognose seria composta por três fases ou momentos distintos: a base, o método e o resultado. Como parte integrante da base, apareceriam os fatos, dados, variantes ocasionais, princípios de experiência e níveis de probabilidade. O método, por seu turno, seria composto pelos procedimentos de prognose, pelos métodos prescritos e

---

[94]SOUSA. Antônio Francisco de. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo.** Coimbra: Almedina, 1994, p. 125 *et seq.*

pelos processos de natureza científica, dos quais fariam parte a plausibilidade e a racionalidade. Por último, o resultado da prognose encerraria um juízo futuro *stricto sensu*, que teria por supedâneo os elementos constitutivos da base da prognose, sobre os quais incidiriam os métodos e critérios elencados.

Klaus Jürgen Philippi, jurista citado pelo Ministro Gilmar[95] como defensor da possibilidade do controle de fatos e prognoses pelo Tribunal, vem classificar os fatos legislativos em históricos, atuais e futuros. O estudo quanto aos dois primeiros, seria chamado de diagnose; enquanto, dos fatos futuros, prognose.

Para o Ministro, a aferição dos fatos legislativos vem ser parte essencial do controle de constitucionalidade, que não pode prescindir dessa possibilidade. E eventual déficit na análise dos fatos deveria levar à ilegitimidade da lei.

Já, pelo conceito indeterminado de prognose, o legislador deixaria o estudo a ser feito pelo Administrativo, que preencheria a norma, por ser mais abalizado. É o que fez a Lei nº 12.401/2011, ao alterar a Lei nº 8.080/90, para definir o que seria o conceito de integralidade no âmbito do Sistema Único de Saúde, cabendo à CONITEC, órgão multirepresentativo avaliar sobre a incorporação de tecnologia ou não, em observância da Medicina Baseada em Evidências- MBE[96].

---

[95] MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações acerca da Apreciação e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos perante a Corte Constitucional e o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Texto indicado para leitura no Mestrado "Constituição e Sociedade", do Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP, Disciplina Jurisdição Constitucional.

[96] A medicina baseada em evidências (MBE) é um movimento médico que se baseia na aplicação do método científico a toda a prática médica, especialmente àquelas tradicionalmente estabelecidas que ainda não foram submetidas à avaliação sistemática e científica. Evidências significam, aqui, provas científicas.

Esse movimento médico contrapõe-se à chamada Medicina Baseada na Autoridade (caracterizada pela exclusiva opinião do especialista), propondo um saber científico seguro e democrático e propiciando uma prática médica de excelência.

Atualmente, a MBE é utilizada pela Organização Mundial da Saúde - OMS como forma de análise do conhecimento científico médico de todo o mundo, sendo também utilizada por instituições de grande relevância científica no seio da medicina, como as grandes universidades e as instituições de grande formação de opinião, como o National Health Service - NHS da Grã-Bretanha (Sistema de Saúde Britânico). Também se utiliza da MBE o Sistema Único de Saúde – SUS brasileiro, como forma de avaliar as tecnologias médicas que serão disponibilizadas aos usuários do SUS

Germana de Oliveira Moraes, em sua obra, "Controle Jurisdicional da Administração Pública", vem nos lembrar da diferença, estabelecida por Walter Schmidt, entre as incertezas condicionadas pela linguagem e as incertezas de avaliação da situação concreta, da qual adviria a categoria dos conceitos indeterminados de prognose. Quanto a esse último, seriam conceitos cuja complementação de sentido demandaria uma avaliação prospectiva das circunstâncias de fato, mediante um juízo de aptidão formulado em razão do futuro- juízo de prognose.[97] Nesse sentido, vem dizer[98]:

> Walter Schmidt diferencia a indeterminação resultante da "incerteza condicionada pela linguagem" e resultante da "incerteza de avaliação da situação concreta", e dentre esta, aquela em que o legislador intencionalmente atribui uma margem de livre decisão ao administrador, para que o sentido dos conceitos indeterminados seja preenchido, a seu critério exclusivo, mediante juízos de prognose. Para ele, os conceitos indeterminados de prognose atribuem ao administrador uma "margem livre de decisão", resultantes das incertezas de avaliação da situação concreta, insindicável pelos Juízes, o que não ocorre quando se trata de conceitos, cujas incertezas são condicionadas pela imprecisão da linguagem, e por isso mesmo são justiciáveis.

Assim, poderíamos estabelecer que existiriam dois tipos de prognose, a legislativa, feita pelo legislador quando do processo de elaboração da lei, assim como o conceito indeterminado de prognose, quando o legislador intencionalmente atribui uma margem de livre decisão ao administrador, para que o sentido dos conceitos indeterminados seja preenchido, a seu critério exclusivo, mediante juízos de prognose.

2. Limites dos poderes e a atuação do Judiciário:

Sendo a prognose um liame estabelecido entre a situação fática presente ou pretérita e a hipótese de incidência abstrata da norma, aparecendo como resultado de um juízo elaborado a partir de fatos existentes e conhecidos

---

[97] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública.** 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, pp. 66/70.
[98] *Ibidem,* p. 69.

que, conjugados com princípios de experiência, se projetam sobre a provável ocorrência de um acontecimento futuro, a divergência e insegurança provêm não só da própria profecia, como também da limitação do horizonte de experiência como fundamento da conclusão do próprio juízo prognóstico, como vem defender Pedro Estiguer Henriques, em sua tese de Mestrado "Ação afirmativa e controle de constitucionalidade- Limites do Judiciário na análise de fatos e prognoses legislativos", apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro[99].

Assim, conforme defende Antônio Francisco de Sousa[100], o Tribunal Constitucional, quando analisa a correção da prognose deve averiguar necessariamente, em primeiro lugar, as circunstâncias que o legislador considerou para a formação de seu prognóstico, ou seja, o grau de probabilidade que o evento futuro venha acontecer; por segundo, a base de prognóstico, ou seja, perquirindo se o legislador tomou corretamente e em sua plenitude as circunstâncias constituintes do alicerce para elaboração da avaliação prospectiva (fatos, dados e princípios da experiência); e, na terceira fase, o procedimento ou andamento da prognose, assim, se o legislador observou as normas de procedimento; se levaram em consideração elementos alheios à prognose; se a prognose revelou-se fundamentada; se a prognose se apresenta plausível, racional e consensual; se o legislador observou os padrões de valor; se a prognose é reconhecida ou evidentemente equivocada.

Contudo, divergências há sobre a possibilidade de realização desse controle pelo Tribunal.

Na própria Alemanha, onde tem sido desenvolvida a tese da possibilidade de controle de prognose, não vem se mostrando unânime a

---

[99] HENRIQUES, Pedro Estiguer. **Ação afirmativa e controle de constitucionalidade- Limites do Judiciário na análise de fatos e prognoses legislativos.** Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Extraída da página eletrônica http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0610351_08_cap_05.pdf.

[100] Sousa, Antônio Francisco de. *Op. cit.*, p. 115 *et seq.*

doutrina a respeito da legitimidade do Judiciário em sua realização. Para tanto, entram em conflito os juristas Brun- Otto Bryde e Kalus Jürgen Philippi.[101]

Bryde, colocando-se no sentido diametralmente oposto a Philippi, vem manifestar que a Corte Constitucional realiza muito raramente uma pesquisa social própria, uma vez que o Tribunal confiaria em um amplo diálogo, aberto com os interessados e afetados pela decisão questionada e nas informações adicionais que possa requisitar dos participantes do processo, sem a aparente neutralidade que existiria no Legislativo. Assim, conclui que a apreciação dos fatos legislativos gerais de forma sistemática e organizada não pareceria ser a regra, mas reveladora de exceções exemplares.

Por sua vez, para Philippi, a análise dos fatos pelos Tribunais seria superior àquela realizada pelo legislador, acusando Bryde que a afirmação viria sendo repetida pela literatura jurídica, de forma impensada. Contudo, Philippi entende que a Corte utiliza-se de métodos de análise que se revelariam superiores àqueles eventualmente adotados pelo Parlamento, permitindo que as decisões judiciais sejam racionalmente mais fundamentadas que as do legislador. Todavia, Bryde coloca em dúvida a correção dessa assertiva por estar baseada em um número restrito de casos.

Por seu turno, José Gomes Canotilho vem defender que, para o controle judicial, há a necessidade de existência de limites jurídicos objetivos, o que não seria o caso da ponderação de interesses, apreciação de situações de fato ou juízos de valor feito pelo legislador[102]. É ler:

> A injusticiabilidade das valorações do legislador ressalta com mais clareza ainda do <<caráter político>> da decisão legiferante. A indeterminação objectiva das normas vinculantes deixam ao legislador um espaço para decisões politicamente motivadas e, sob pena de se transformar o controlo judicial num controlo político, tem de se subtrair esta motivação política à fiscalização judicial. Os perigos de uma inadmissível

---

[101] MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*

[102] CANOTILHO, José Joaquim. Constituição dirigente e vinculação do legislador- contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1982, pp. 240 e 241.

<<juridicização do político>> ou da <<politicização da justiça>> justificariam, nesta perspectiva, apenas um controlo dos <<limites externos>> dos actos legislativos, mas não já uma <<devassa>> das considerações políticas subjacentes ao acto legislativo. Esta rejeição de um controlo constitucional <<positivo>> dos actos de legiferação ganhará maiores foros de plausibilidade de se ponderar que a tarefa politicamente conformadora do legislador incide, muitas vezes, sobre complexas questões econômico-sociais. Ora, se os factores econômicos e sociais não são de natureza extrajurídica, eles implicam, pelo menos, uma <<ponderação livre>>, sob uma multiplicidade de pontos de vista, que não está ao alcance de um órgão judicial, visivelmente inadaptado para tarefas sociais e econômicas de conformação positiva.

Já, na sua obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Canotilho vem tratar do princípio da não-contrabilidade do âmbito de prognose legislativa, vindo a dizer[103]:

O **princípio da não-contrabilidade do âmbito de prognose legislativa** radica no facto de o *espaço de prognose legislativa* ser um espaço de livre conformação do legislador, incompatível com qualquer controlo jurídico-constitucional. O princípio é aceitável se com ele se quer significar que ao legislador ou órgãos de direcção política compete conformar a vida econômica e social, movendo-se esta conformação num plano de incerteza, conducente, por vezes, a soluções legislativas inadequadas ou erradas, mas cujo mérito não é susceptível de fiscalização jurisdicional. Os limites funcionais da jurisdição constitucional são aqui claros: os tribunais não podem controlar judicialmente, por exemplo, a apreciação da evolução econômica global ou a delimitação das quotas de importação para certos produtos. Todavia, as prognoses legislativas podem reconduzir-se também a *conceitos indeterminados* usados em leis concretizadoras das normas constitucionais e incidentes sobre *factos actuais*. Ora o princípio da não controlabilidade do âmbito de prognose legislativa refere-se às <<soluções>> ou <<decisões>> das normas adoptadas em situações de incerteza fáctica, mas não à indeterminação das mesmas normas, resultante da sua formulação em termos linguisticamente vagos. É também duvidoso, por ex., se o legislador goza de discricionariedade total quanto à planificação do acesso ao ensino ou à prognose sobre a evolução dos serviços de saúde de tal modo que os <<juízos de prognose>> possam contrariar abertamente as imposições constitucionais.

---

[103] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003, pp. 1316 e 1317.

Note-se, porém, que Canotilho vem ressaltar do princípio da não-controlabilidade do âmbito de prognose legislativa a discricionariedade total quanto à planificação do acesso ao ensino ou à prognose sobre a evolução dos serviços de saúde, manifestando-se, nesse caso, que os juízos de prognose não poderiam contrariar abertamente as imposições constitucionais.

É certo, porém, que, se existe alguma vantagem na aferição dos fatos e prognoses legislativos pela Corte Constitucional, vem ser um controle posterior, de resultado, e não do processo.

Ademais, se filiarmos à corrente de que a Constituição deve ser observada como um processo político, através de uma teoria da Constituição visualizada como "teoria da constituição da sociedade aberta"[104], onde se enfatiza a sua posicionalidade temporal, a sua condicionalidade histórica, justificando-se, desde logo, que uma constituição não possa conceber-se como um ato pontual de vontade de um poder constituinte, mas aberta à interpretação de todos os participantes sociais, reflexos inevitáveis teria na análise da constitucionalidade da lei.

O Ministro Gilmar, em seu artigo, vem expor, porém, que, a depender se a falha de prognóstico vem ser no início ou fim, na Alemanha, isso vem apresentar uma solução diferenciada. A falha de início implica em um déficit de prognose, que deve levar ao reconhecimento da nulidade. Já um erro de prognóstico, constatado *a posteriori,* ou seja, uma falha de prognose legislativa após o decurso de um certo tempo, deve ser considerada, para fins de controle de constitucionalidade, irrelevante, pelo Tribunal, sob o prisma constitucional, desde que seja parte integrante de uma decisão tomada de forma regular ou obrigatória. Deverá o legislador, nesse sentido, empreender os esforços necessários para superar o estado de inconstitucionalidade com presteza necessária.

---

[104] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002.

Todavia, a discussão, no Brasil, continua em saber qual seria o órgão legítimo para fazer essa interpretação adaptativa, se teria que o Judiciário esperar a atuação do legislativo, ou poderia realizar o controle.

Certo é que a análise de fatos e prognoses no controle de constitucionalidade da norma veio balançar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que acompanhado de outros Tribunais Constitucionais pelo mundo, entendia não poder analisar fatos controvertidos e que exigissem dilação probatória. Como exemplo, no julgamento da ADI n. 1372, Relator Ministro Celso de Mello[105], afirmou-se que:

> O controle direto de constitucionalidade das leis pressupõe a exata compreensão do sentido e do alcance das normas questionadas, a qual há de ser possível de obter-se no procedimento sumário e documental da ação direta. Se, ao contrário, a pré-compreensão do significado da lei impugnada pende da solução de intricada controvérsia acerca da antecedente situação de fato e de direito sobre a qual pretende incidir, não é a ação direta de inconstitucionalidade a via adequada ao deslinde da quizília.

Nesse sentido, verificamos que a possibilidade de análise de fatos e prognoses no controle de constitucionalidade, o que restou ratificada tanto pela Lei nº 9.868, de 1999, ao permitir a admissão e designação de peritos e a realização de audiência pública no âmbito do processo de controle abstrato de norma, tanto na ação direta de inconstitucionalidade como na ação declaratória de constitucionalidade, e a Lei nº 9.882, de 1999, ao permitir o mesmo para a ADPF, veio reformar o clássico entendimento processual que a Corte não examinaria provas, mas apenas cuidaria da revaloração das mesmas.

Como exemplo de julgado onde houve o controle de fato e prognose pelo STF, temos a ADI 3112, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski[106], onde se discutiu a constitucionalidade de normas da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, diploma legal conhecido como Estatuto do Desarmamento, tendo por questão o direito constitucional à segurança individual e o exercício

---

[105] STF. ADI n. 1.372. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. DJe-064, divulge 02-0402009. Public 03-04-2009, Ement. Vol. 02355-01, pp 00001, RTJ vol 00210-02, pp 00557.
[106] STF. ADI n. 3112-DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJE nº 131. Divulgação 25/10/2007. Publicação 26/10/2007. DJ 26/10/2007. Ementário nº 2295-3.

da legítima defesa, o direito de propriedade, o princípio da razoabilidade e vulneração do processo legal. Dentre as normas apontadas por inconstitucionais, a que aumentava de 21 para 25 anos a idade mínima para se adquirir arma de fogo. O Tribunal, baseado em certos diagnósticos e prognósticos, explicitados em informações prestadas pelo Congresso Nacional, entendeu que a medida se afigurava necessária e adequada para atingir os fins almejados no bojo da política criminal de desarmamento, uma vez que o maior número de homicídios provocados com arma de fogo tinha por autores pessoas que se encontraria nessa faixa etária. Contudo, entendeu-se pela violação ao princípio da não culpabilidade quando a lei proibia a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Importa se perquirir também que tipo de controle pode o Tribunal realizar para a análise de fatos e prognoses.

O Tribunal Constitucional alemão adotaria os seguintes graus de intensidade para o controle de constitucionalidade das leis com base nos fatos e prognoses legislativos: a) controle de evidência; b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade; c) controle material de intensidade.

Quando do controle de evidência, reconhece-se ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico, só podendo ser declarada inconstitucional a norma quando as medidas adotadas pelo legislador forem inidôneas para a efetiva proteção desses bens jurídicos.

Já, pelo controle de sustentabilidade ou justificabilidade, busca-se perquirir as razões de fatos e prognoses para a elaboração da norma, se dando um melhor controle pelo Tribunal através da admissão de *amicus curiae* e realização de audiência pública.

Já, o controle material intensivo ocorre quando de intervenções legislativas que afetam intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, representando um controle mais rígido, pela proporcionalidade em sentido estrito. Poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no

direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinárias importâncias. O Tribunal investiga se determinada medida interventiva é necessariamente obrigatória.

Críticas à parte sobre o excesso de subjetivismo ou não, o Judiciário brasileiro vem se utilizando da máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) para a análise dos prognoses legislativos. É o que podemos ver do seguinte precedente do STF:

> HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c)

controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle)**. O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais**. 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALDIADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. **Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional**. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de

> absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA[107].

Também, no julgamento da ADI 3112, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski[108], onde se discutiu a constitucionalidade de normas da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, citado acima, quando da análise do art. 28, que fixou a idade mínima para a aquisição de arma de fogo em 25 anos de idade, também realizou o STF a análise de prognose com base no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, sob o seguinte fundamento:

> Também não reconheço, aqui, qualquer ofensa ao referido princípio, pois, além de ser lícito à lei ordinária prever a idade mínima para a prática de determinados atos, a norma impugnada, a meu ver, tem por escopo evitar que sejam adquiridas armas de fogo por pessoas menos amadurecidas psicologicamente ou que se mostrem, do ponto de vista estatístico, mais vulneráveis ao seu pontencial ofensivo.
> Reporto-me, nesse aspecto, aos índices de mortalidade entre a população jovem, mencionados no início do meu voto, os quais demonstram que as mortes causadas por armas de fogo cresceram exponencialmente no grupo etário situado entre 20 e 24 anos, sobretudo quanto ao sexo masculino.

Por sua vez, a doutrina aponta, na Suprema Corte norte-americana, que o primeiro caso de controle de fatos e prognose foi o caso Müller v. Oregon (1908), quando se discutiu a constitucionalidade de lei estadual que buscava limitar a jornada de trabalho feminina, sob o fundamento de dano à saúde das mulheres. Curt Muller, o proprietário de uma lavanderia, foi considerado como violador das Leis de Trabalho de Oregon por fazer uma empregada trabalhar, diariamente, por mais de 10 (dez) horas. Nesse sentido, fatos e previsões tiveram que ser analisados, para se apurar a legitimidade da norma ou não. Curioso observar que o julgamento se deu 2 anos após ter a mesma Suprema Corte entendido pela inconstitucionalidade da lei de Nova Iorque, caso Lochner v. New York (1905), quando o Estado de Nova Iorque proibiu as jornadas de

---

[107] STF. HC 104410/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 06/03/2012. Segunda Turma. DJe 062, divulg 26-03-2012, public 27-03-2012

[108] STF.ADI n. 3112-DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJE nº 131. Divulgação 25/10/2007. Publicação 26/10/2007. DJ 26/10/2007. Ementário nº 2295-3.

trabalho de mais de dez horas diárias ou sessenta semanais nas padarias, tendo admitido o Tribunal que esse poder estaria interferindo de forma irrazoável com a liberdade de contrato.

Como exemplo paradigmático do controle de prognose do legislador pela Corte Constitucional da Alemanha, dentre outros, podemos apontar o *Apotheken-Urteil*, no qual foi discutida a legitimidade de uma lei do Estado da Baviera que tornava obrigatória a permissão da autoridade administrativa para a instalação de novas farmácias. A Corte, rejeitando o argumento concernente a sua possível incompetência para aferir fatos legislativos, afirmou que a Constituição lhe asseguraria a guarda dos direitos fundamentais. Infirmando a prognose legislativa, declarou a Corte a inconstitucionalidade da norma, rechaçando a previsão de que a ausência de regulação implicaria a multiplicação desmesurada dos estabelecimentos farmacêuticos.

Um caso curioso, porém, que demonstra a atitude de respeito da Corte Alemã com a decisão do legislador, em caso de dúvidas sobre a correção da prognose, é o da *Cannabis Sativa* (BVerfGE 90, 145), quando a lei proibia a sua comercialização. O Tribunal confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo de produtos derivados da planta *canabis sativa*, sob o ângulo do princípio da proporcionalidade, enfatizando a Corte que cabe ao legislador uma ampla margem de avaliação quanto à adequação e à necessidade de certa medida para o alcance do fim almejado, o que pressupõe também a discricionariedade para a realização de prognósticos quanto às consequências da medida adotada.

Abordando o caso, o voto do Ministro Gilmar Mendes, como relator do *Habeas Corpus* nº 104.410, Rio Grande do Sul, quando vem nos ensinar[109]:

> No caso, o Bundesverfassungsgericht, após analisar uma grande quantidade de dados e argumentos sobre o tema, reconhece que ainda não estaria concluída, à época, a discussão político-criminal a respeito da melhor alternativa para

[109] STF. HC 104.410-RS. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. 2ª Turma. Tribunal Federal. DJe 27/03/2012.

> se alcançar a redução do consumo de canabis poderia: por meio da penalização ou da liberação da conduta. E, justamente devido à incerteza quanto ao efetivo grau de periculosidade social do consumo da canabis e à polêmica existente, tanto no plano científico como no político-social, em torno da eficácia da intervenção por meio do direito penal, é que não se poderia reprovar, do ponto de vista de sua constitucionalidade, a avaliação realizada pelo legislador, naquele estágio do conhecimento, a respeito da adequação e da necessidade da medida penal. Assim, admite o Tribunal que, "*se o legislador nesse contexto se fixa na interpretação de que a proibição geral de canabis sancionada criminalmente afastaria um número maior de consumidores em potencial do que a suspensão da previsão de pena e que, portanto, seria mais adequada para a proteção dos bens jurídicos, isto deve ser tolerado constitucionalmente, pois o legislador tem a prerrogativa de avaliação e de decisão na escolha entre diversos caminhos potencialmente apropriados para o alcance do objetivo de uma lei*"[110]

3. O controle judiciário do conceito indeterminado de prognose no âmbito do Direito Sanitário - Lei nº 12.401/2011

Como já tratado acima, a indeterminação resultante da incerteza da situação concreta e, dentre ela, aquela em que o legislador intencionalmente atribui uma margem de livre decisão ao administrador, para que o sentido dos conceitos indeterminados seja preenchido, a seu critério exclusivo, mediante juízos de prognose, vem ser conhecida como conceito indeterminado de prognose.

Pelo juízo de prognose, avalia-se a capacidade para uma atividade futura, se imagina a evolução futura de um processo social ou se sopesa a periculosidade de uma situação futura.

Divergências há na doutrina quanto a sua classificação. Há quem o classifique como conceito indeterminado não vinculado, como Germana de Oliveira Moraes, pois sua aplicação pode conduzir a mais de uma razão

---

[110]MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial.** In: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva; 2007, p. 471 e segs.

razoavelmente sustentável perante o Direito. Ademais, vem defender, na sua obra já citada, que, apesar de não vinculado, o conceito indeterminado de prognose seria ato não discricionário, por não encerrar um conflito axiológico, uma ponderação valorativa dos interesses concorrentes. São conceitos indeterminados cuja complementação de sentido demanda uma avaliação prospectiva das circunstâncias de fato, mediante um juízo de aptidão formulado em razão do futuro- juízo de prognose. Seria a indeterminação superável por meio de uma avaliação concreta.[111]

Contudo, tal posicionamento não é unânime, mencionando a própria jurista que, na doutrina jus-administrativista, geralmente, ou consideram os conceitos indeterminados como vinculados, ou, quando se reconhece a existência de conceitos indeterminados não vinculados, incluem-nos no domínio da discricionariedade, apontando, no Brasil, Celso Antonio Bandeira de Mello como tendo esse posicionamento.

Tais classificações são importantes uma vez indicar o tipo de controle judicial que pode existir sobre o ato.

Na doutrina, há duas correntes bem delimitadas, a da Teoria da Margem de Livre Apreciação, defendida pelo jurista alemão Otto Bachof, onde se reconhece em favor da Administração, no processo de aplicação de determinada categoria de conceitos indeterminados, certa liberdade, uma margem de apreciação, uma área de atuação administrativa de impossibilidade de sindicância judicial.

Já, como críticos da Teoria da Margem de Livre Apreciação, temos Rupp, que defende a vinculação total da administração à lei e a sua subordinação no que concerne à interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados, a um controle judicial igualmente total[112], Garcia de Enterría, pelo qual sempre é possível o controle jurisdicional da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados[113], e Antônio Francisco de Sousa, para quem a

---

[111] MORAES, Germana de Oliveira. *Op. cit.*, p. 70.
[112] SOUSA, Antônio Francisco de. *Op. cit.*, pp. 53/54.
[113] ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Democracia, Jueces y Control de la Administración. Madrid: Civitas, 1995, pp. 125-134.

margem de apreciação, enquanto margem de liberdade da Administração, não existe, pois, mesmo nas hipóteses de valoração, a Administração mantém-se vinculada[114].

Germana de Oliveira Moraes, seguindo entendimento tanto de Walter Schmidt como de Sérvulo Correia, vem entender que[115]:

> ...as decisões que envolvem a densificação dos conceitos de prognose, ou seja, aquelas cujo preenchimento demanda uma avaliação de pessoas, coisas ou processos sociais, por intermédio de um juízo de aptidão, são impassíveis, à semelhança da atividade discricionária, de controle jurisidicional pleno.

Isso porque, cuidando-se a indeterminação por ser preenchida por juízo técnico, a ser feito pela Administração, refoge à razoabilidade que seja substituído por um juízo realizado pelo Judiciário, se esse for de inferior qualidade.

Assim, para substituir o conceito indeterminado de prognose, feito pelo Administrador, deve fundamentar a sua incorreção, e não apenas se utilizar de fórmulas genéricas. Dizer do porque a prognose restou mal feita.

Recentemente, no que diz respeito ao âmbito do direito sanitário, a Lei nº 12.401/2011 veio alterar a Lei nº 8.080/1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde- SUS, assim como o Decreto nº 7.646/2011, que dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS, a ser realizada pela Administração Pública.

Ou seja, estamos aqui diante de um caso típico de conceito indeterminado de prognose, quando o Legislador, entendendo pela necessidade de realização de estudo técnico pelo Executivo, deixa ao órgão a

---

[114] SOUSA, Antônio Francisco de. Margem de Apreciação e Estado de Direito. Revista *Polis* nº 2, janeiro de 1995, p. 9.
[115] MORAES, Germana de Oliveira. *Op. cit.*, p. 76.

competência para o preenchimento da lacuna, dizendo o que deveria ser ou não incorporado no Sistema Único de Saúde.

O Sistema Único de Saúde- SUS vem adotar os princípios da universalidade (art. 196, caput, da CRFB/88) e a integralidade (art. 198, II, da CRFB/88). Pelo princípio da universalidade, todos devem ter direito de acesso à saúde, independente de contribuírem para o sistema ou não. Por sua vez, quanto ao princípio da integralidade, as discussões existentes quanto ao seu alcance e a inexistência de uma delimitação segura durante anos vieram propiciar, não só uma exploração econômica desse vácuo, o que influenciou à crescente judicialização, como divergências jurisprudenciais.

Assim, a Lei nº 12.401/2011 buscou definir o conceito de integralidade, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde- SUS, vindo estabelecer, nos artigos 19-M e 19-P, que:

> Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6o consiste em:
> I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico[116] para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;
> II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

---

[116] "Art. 19-N. Para os efeitos do disposto no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições:
(...)
II - protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS."
"Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.
Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o caput deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo".

Idp MESTRADO

> Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:
> I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;
> II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;
> III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.

Para a nova legislação, será considerado atendido o princípio da integralidade quando previsto o medicamento em protocolo clínico ou diretriz terapêutica, ou mesmo, em sua falta, com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, ou mesmo, de forma suplementar, com base nas listas de medicamentos dos gestores estaduais ou municipais do SUS.

Caberia a análise, por esse diploma legal, da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias -CONITEC, órgão plural, permitindo o requerimento por qualquer interessado, bem como a realização de consultas e audiências públicas, estabelecendo a participação da sociedade civil como meio de garantir mais transparência nos processos de incorporação de novas tecnologias, produtos e serviços na rede pública de saúde (art. 19-R, §1º, III, IV, inseridos na Lei 8.080/90) .

Diz-se que a CONITEC vem ser um órgão plural pois coordenada pelo Ministério da Saúde e formada por representantes não só do próprio Ministério, mas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além de um integrante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e um pelo Conselho Federal de Medicina, na busca do diálogo para uma maior aproximação com o conceito de verdade.

Ademais, buscando coibir que os protocolos, diretrizes e listas não contemplem a melhor tecnologia e uso racional dos medicamentos, visando

conferir eficácia à norma prevista pelo art. 196 da Constituição, vem estabelecer o art. 19-P da Lei nº 8.080/90, com a alteração produzida pela nova legislação, que a CONITEC, regulamentada por meio do Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011, levará em conta, necessariamente: (I) as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; (II) bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível [117].

Também, visando reprimir a omissão e defasagem dos protocolos, diretrizes e listas, passa a existir um prazo fixado para a análise pela Comissão, nos termos do art. 19-R, 180 (cento e oitenta) dias, contados da data em que foi protocolado o pedido pelo interessado da incorporação, exclusão e alteração de listas e protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (§1º, inciso I), com a instauração de processo administrativo, admitida a prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.

Nesse sentido, entendendo o legislador que a realização de prognose deveria ser realizada pela Administração, por estudos realizados pela CONITEC, cabendo a definição da integralidade ao Ministério da Saúde, com a abertura, no processo administrativo, para consultas de interessados e audiências públicas, o resultado desses só poderiam ser afastados, pelo

---

[117] "Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.
§ 1o A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.
§ 2o O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:
I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;
II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível."

controle do Judiciário, caso fundamentadamente demonstrada a incorreção do estudo, ou refratariedade do tratamento no paciente, e não somente se utilizando de princípios gerais.

Ademais, poderia também o Judiciário intervir caso demonstrada a omissão na análise do pedido de incorporação pelo Ministério da Saúde, através da CONITEC, após ter sido feito por qualquer interessado, desde que observados os requisitos estabelecidos pelo art. 15 do Decreto nº 7.646/2011, procedimento que deveria ser observado preliminarmente pelos legitimados extraordinários ao proporem as ações coletivas, sob pena de inexistir interesse processual quando do ajuizamento das mesmas.

Até porque não basta a aprovação do medicamento pela ANVISA para a sua imediata incorporação no SUS. Para ser incorporado no âmbito do Sistema Único de Saúde, o medicamento deverá comprovar, além da sua segurança, eficácia e qualidade, outros requisitos mínimos, quais sejam, a efetividade e o custo-efetividade, o que é verificado em ambiente real, isto é, após o uso pela população em geral. A efetividade vem ser a análise dos resultados efetivamente obtidos com a utilização de determinado insumo em ambiente real. O custo-efetividade é o estudo que busca analisar se houve ganho de saúde adicional com a utilização do insumo, ou seja, no caso de assistência farmacêutica do SUS, se o medicamento que pretende utilizar traz maiores benefícios do que aqueles já disponíveis no sistema, e, em caso afirmativo, se o benefício advindo justificaria o gasto financeiro a ser realizado.

Por esse prisma, a ideia do legislador foi estabelecer 3 (três) fase principais para a incorporação de teconologia no SUS, no processo administrativo:

A primeira delas é a análise técnica adequada, realizada atualmente pelo Plenário da CONITEC, quanto às evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível (art. 19-Q, § 2º, da Lei n. 8.080/90).

Por sua vez, são diretrizes da CONITEC, nos termos do art. 3º do Decreto 7.646/2011, a universalidade e a integralidade das ações de saúde no âmbito do SUS com base no melhor conhecimento técnico-científico disponível (inciso I); a proteção do cidadão nas ações de assistência, prevenção e promoção à saúde por meio de processo seguro de incorporação de tecnologias pelo SUS (inciso II); a incorporação de tecnologias por critérios racionais e parâmetros de eficácia, eficiência e efetividade adequados às necessidades de saúde (inciso III); a incorporação de tecnologias que sejam relevantes para o cidadão e para o sistema de saúde, baseadas na relação custo-efetividade (inciso IV).

Uma vez emitido parecer conclusivo pelo Plenário da CONITEC, dá-se início à segunda fase do procedimento, qual seja, a submissão do referido parecer à consulta pública pelo prazo de 20 (vinte) dias, conforme art. 19 do Decreto n. 7.646/2011.

As contribuições e críticas resultantes da consulta pública serão analisadas pelo Plenário da CONITEC e, emitido relatório, o processo administrativo será submetido ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde para decisão (arts. 20 e 21 do Decreto n. 7.646/2011).

Querendo, o Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, antes de decidir, poderá solicitar realização de audiência pública, conforme a relevância da matéria, e, quando se tratar de elaboração ou alteração de protocolo clínico ou diretriz terapêutica, deverá submetê-lo à manifestação do titular da Secretaria responsável pelo programa ou ação, conforme a matéria (arts. 21, 22 e 24 Decreto n. 7.646/2011).

A decisão quanto à incorporação compete ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, sendo essa a terceira fase do processo.

A partir da publicação da decisão do Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde no Diário Oficial da União (art. 23 do Decreto n. 7.646/2011), começa-se a contar o prazo de 180 (cento e oitenta)

dias para efetivar-se a disponibilização da tecnologia incorporada pelo SUS (art. 25 do Decreto n. 7.646/2011).

Por fim, da decisão final, cabe recurso sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, ao Ministro de Estado da Saúde, que poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida (arts. 26 e 27 do Decreto n. 7.646/2011).

O Ministro de Estado da Saúde também poderá determinar a incorporação ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, em caso de relevante interesse público, mediante processo administrativo simplificado (art. 29 do Decreto n. 7.646/2011).

Verifica-se que, com a finalidade de aproximação da verdade, busca-se realizar uma dialética entre os grupos de diversos interesses visando à produção de uma maior adequação técnica de incorporação da tecnologia no Sistema Único de Saúde.

Assim, questiona-se que tipo de controle pode ter o Judiciário, para que possa analisar a prognose efetuada pela Administração, envolvendo matéria de cunho tão técnico.

Diante do excessivo quadro de judicialização, e após realização da Audiência Pública nº 04, no STF, onde foram escutados representantes técnicos e jurídicos vinculados à saúde pública, nos dias 27, 28 e 29 de abril e dias 04, 06 e 07 de maio de 2009, para discutir o tema, o Conselho Nacional de Justiça- CNJ editou em 30 de março de 2010 a Recomendação nº 31-2010, com recomendações dirigidas aos Tribunais quanto medidas a serem tomadas para maior eficiência na solução de demandas de saúde.

Posteriormente, o CNJ editou a Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010, estabelecendo, em seu âmbito, o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimento.

O Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde seria constituído por Comitês Executivos Estaduais, sob a coordenação de magistrados indicados

pela Presidência ou pela Corregedoria Nacional de Justiça. O Fórum é composto por magistrados, podendo contar com o auxílio de autoridades e especialistas com atuação nas áreas correlatas.

No primeiro encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, realizado em São Paulo, foi expedida declaração conjunta reafirmando que a atuação do Judiciário seria crucial para o resgate da cidadania e a realização do direito fundamental à saúde, ainda que do seu exercício advenham tensões perante os gestores e executores das políticas públicas. Dentre outras coisas foi sugerida a promoção de eventos científicos estaduais, com o apoio das Escolas das Magistraturas, para debates e estudos que venham a mobilizar os diversos segmentos da área da saúde, notadamente os membros do Judiciário, do Ministério Público, Gestores e Executores de Políticas Públicas.

Ademais, o CNJ vem estimulando a criação, pelos Estados, de Núcleo de Apoio Técnico aos Magistrados, por profissionais técnicos na área da saúde, a exemplo da experiência piloto do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Contudo, não se questiona, porém, quais os indicadores que demonstram que a prognose a ser realizada por esses técnicos que integram os núcleos e comitês do Judiciário vem ser mais correta e aprofundada do que a realizada agora pela CONITEC, órgão formado pelos vários segmentos de área de saúde, por especialistas selecionados, e ainda com submissão da consulta à opinião pública, em nível nacional, que pode se manifestar fundamentadamente sobre o processo de incorporação de tecnologia.

Que tipo de formação profissional teriam esses profissionais que compõem os Comitês? Teriam qualificação técnica para tanto? Grau de estudo? Seriam especializados no assunto? Suas decisões estariam abertas a consultas e opiniões públicas?

Assim, ao falarmos da substituição da decisão administrativa pela judicial, entendendo-se por sua possibilidade, deve-se necessariamente ser apontado o erro de prognose cometido, para fins de legitimar a decisão do Judiciário, e não somente o uso de fórmulas principiológicas genéricas.

Isso até porque fundado o risco de que empresas se valham do Judiciário como meio de incorporar medicamentos ao Sistema, quando mesmo existentes eventuais estudos no sentido de seu não aconselhamento.

Conclusão:

O artigo buscou, após apontar os conceitos básicos de fatos e prognoses legislativos, assim como de conceito indeterminado de prognose, estabelecendo as suas diferenças, indicar divergências e limites para o seu controle pelo Judiciário, uma vez que se tornou uma realidade, na jurisdição constitucional atual, a sua análise, pelos Tribunais constitucionais, para fins de controle de constitucionalidade da norma.

Assim, entendendo pela existência de dois tipos de prognose, a legislativa, feita pelo legislador quando do processo de elaboração da lei, assim como o conceito indeterminado de prognose, quando o legislador intencionalmente atribui uma margem de livre decisão ao administrador, para que o sentido dos conceitos indeterminados seja preenchido, a seu critério exclusivo, mediante juízos de prognose, vem dar especial ênfase ao estudo desse último, sob o enfoque da alteração legal no âmbito do direito sanitário, promovida pela Lei nº 12.401/2011, no texto da Lei nº 8.080/90, vindo definir o conceito de integralidade, que estaria sujeito a estudos realizados pelo Administrador, em um processo administrativo público, impulsionado *ex officio* ou a requerimento de qualquer interessado, com abertura para manifestação pública.

Conforme lições de Antônio Francisco de Sousa, já comentadas acima, o Tribunal Constitucional, quando analisa a correção da prognose, deve averiguar necessariamente, em primeiro lugar, as circunstâncias que o legislador considerou para a formação de seu prognóstico, ou seja, o grau de probabilidade que o evento futuro venha acontecer; por segundo, a base de prognóstico, ou seja, perquirindo se o legislador tomou corretamente e em sua plenitude as circunstâncias constituintes do alicerce para elaboração da avaliação prospectiva (fatos, dados e princípios da experiência); e, na terceira

fase, o procedimento ou andamento da prognose, assim, se o legislador observou as normas de procedimento; se levaram em consideração elementos alheios à prognose; se a prognose revelou-se fundamentada; se a prognose se apresenta plausível, racional e consensual; se o legislador observou os padrões de valor; se a prognose é reconhecida ou evidentemente equivocada.

A insegurança na prognose não seria só da possibilidade de erro na profecia, como também da limitação do horizonte da experiência para a conclusão do próprio juízo.

Também, ainda que haja divergências, acima mencionadas, quanto à legitimidade ou não do Tribunal em proferir esse controle, tanto das prognoses legislativas quanto dos conceitos indeterminados de prognose, o certo é que, em sendo admitido, independente do grau, e entendendo o Judiciário pela inconstitucionalidade do estudo realizado, deverá fundamentar os motivos de sua decisão, ainda que técnicos, e não só se utilizar de princípios gerais abstratos, notadamente no campo das ações da saúde, sob pena de não gozar de legitimidade.

No caso específico da saúde, entendendo o legislador que a realização de prognose deveria ser realizada pela Administração, por estudos realizados pela CONITEC, cabendo a definição da integralidade ao Ministério da Saúde, com a abertura, no processo administrativo, para consultas de interessados e audiências públicas, o resultado desses só poderiam ser afastados, pelo controle do Judiciário, caso fundamentadamente demonstrada a incorreção do estudo, ou mesmo pela omissão, quando tivesse o interessado requerido a análise da incorporação da tecnologia pela Administração, e essa tivesse se mantido inerte. Até porque a provocação do Judiciário, sem a provocação das esferas específicas, notadamente no que diz respeito aos legitimados para a promoção das ações coletivas, pode configurar a ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse processual.

Nesse sentido, diante do caráter técnico da análise a ser efetuada, deve-se questionar que tipo de controle pode ter o Judiciário para que possa analisar a prognose efetuada pela Administração.

Reconhece-se que o Conselho Nacional de Justiça vem empreendendo esforços para a otimização da análise dessas ações, tendo sido criado o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, além do estímulo na criação dos Núcleos de Apoios Técnicos aos Magistrados. Contudo, mesmo com a adoção dessas medidas, não se questiona nem mesmo se existe preocupação com indicadores que demonstrem que a prognose a ser realizada por esses técnicos que integram núcleos e comitês seja mais correta e aprofundada que a do agora CONITEC, órgão formado por vários segmentos da área da saúde, por especialistas selecionados, e ainda com a submissão dos estudos à consulta pública, em nível nacional.

Assim, questionamentos que se apresentam rápidos e claros seriam- Que tipo de formação profissional teriam esses profissionais que compõem os Núcleos e Comitês do Judiciário? Teriam qualificação técnica para tanto? Grau de estudo? Seriam especializados no assunto? Suas decisões estariam abertas a consultas e opiniões públicas?

Seguindo o Brasil a Resolução 60.16 da OMS sobre o Progresso no Uso Racional do Medicamento, que solicita a todos os países do mundo a renovação de seu compromisso em favor do “Uso Racional do Medicamento”, inspirado nos princípios da Medicina Baseada em Evidências- MBE, na ética profissional da atenção à saúde, e na objetividade e transparência nos processos institucionais orientados na padronização do acesso e do Uso Racional de Medicamentos, no seu campo da Administração Pública, não pode o Judiciário, de forma não suficientemente fundamentada, substituir uma prognose técnica sem se preocupar com as balizas básicas de eficácia e/ou efetividade, segurança e custo. Balizas que o legislador procurou estabelecer ao Administrador, para a realização de sua prognose, nos termos do art. 19-P da Lei nº 8.080/90, com a alteração produzida pela nova legislação, ao prever que a CONITEC levará em conta, necessariamente: (I) as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; (II) bem como a avaliação econômica

comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Se existe alguma vantagem na aferição dos fatos e prognoses legislativos pela Corte Constitucional, vem ser um controle posterior, de resultado, e não do processo. Contudo, o mesmo não pode se realizar de forma não fundamentada, em desprestígio dos critérios técnicos, sob pena de ser maculada por interesses de vários fatores e, principalmente, em desprestígio de sua neutralidade.

Referências

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

______. Constituição dirigente e vinculação do legislador- contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1982.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Democracia, Jueces y Control de la Administración**. Madrid: Civitas, 1995.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002.

HENRIQUES, Pedro Estiguer. **Ação afirmativa e controle de constitucionalidade- Limites do Judiciário na análise de fatos e prognoses legislativos**. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Extraída da página eletrônica http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0610351_08_cap_05.pdf.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos**

pelo órgão judicial. In: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva; 2007.

______.Anotações acerca da Apreciação e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos perante a Corte Constitucional e o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Texto indicado para leitura no Mestrado “Constituição e Sociedade”, do Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP, Disciplina Jurisdição Constitucional.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

SOUSA. Antônio Francisco de. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

______. **Margem de Apreciação e Estado de Direito**. Revista *Polis* nº 2, janeiro de 1995.

EVOLUÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

Flavia Pollyana Dias Siqueira

INTRODUÇÃO

A inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção constitui um dos mais árduos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional atual. Eles envolvem não só o problema referente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais.

O constituinte de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade da omissão. Como essas inovações não foram precedidas de estudos criteriosos e de reflexões mais aprofundadas, afigura-se compreensível o clima de insegurança e perplexidade que elas acabaram por suscitar nos primeiros tempos.

É útil o esforço que se vem desenvolvendo no Brasil, com relação ao estudo desses dois institutos tanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão como o Mandado de injunção que são indissociáveis do estudo sobre a supremacia da constituição. E o objetivo do presente estudo é exatamente identificar e reconhecer as omissões inconstitucionais bem como os mecanismos que o ordenamento pode colmatar essas lacunas.

1. A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Efetividade constitucional é a capacidade de as normas supremas do Estado produzir efeitos, os quais variam em grau e profundidade. Os primeiros autores a se debruçar sobre o assunto foram os norte americanos. Preocupando-se com os diferentes níveis dos diferentes graus de aplicabilidade das normas constitucionais.

Foi com a doutrina norte americana que surgiu a primeira bifurcação das normas constitucionais. Visualizando que as normas poderiam ser; rupo de normas autoexecutáveis e grupo não autoexecutáveis .

A nossa constituição é analítica e possui um núcleo essencial de questões/matérias constitucionais (Normas Materialmente Constitucionais).

Rui Barbosa, importou a classificação norte americana para o Brasil, utilizando-se das expressões; autoaplicáveis e não autoaplicável.

A classificação ganhou espaço com José Afonso da Silva; Normas de Eficácia plena; Normas de Eficácia contida e Normas de Eficácia Limitada. Ela serve de parâmetro para futuras Declarações de Inconstitucionalidade.

Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas normas da Constituição que, no momento em que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional. Como regra geral criam órgãos ou atribuem aos entes federativos competências. Não têm a necessidade de ser integradas. Aproximam-se do que a doutrina clássica norte-americana chamou de normas autoaplicáveis (self-executing, self-enforcing ou self-acting).

José Afonso da silva destaca que as normas constitucionais de eficácia plena "são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. Situam-se predominantemente entre os elementos orgânicos da Constituição. Não necessitam de providência normativa ulterior para sua aplicação. Criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, desde logo exigíveis". (Aplicabilidade das normas constitucionais, p.262).

Normas constitucionais de eficácia contida ou prospectiva têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral. Embora tenham condições de, quando da promulgação da nova Constituição, produzir todos os seus efeitos, poderá a norma infraconstitucional reduzir a sua abrangência.

Normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que, de imediato, no momento em que a constituição é promulgada, não têm o condão

de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São portanto, de aplicabilidade mediata e reduzida ou aplicabilidade diferida.

Essa é a classificação de José Afonso da Silva que abordaremos pois, todos os outras surgiram a partir dessa. Podemos citar: Luiz Alberto Barrozo, Maria Helena Diniz, Celso Ribeiro Bastos, Carlos Aires Brito e tem o Uadi Lammêgo – que fala da Eficácia Exaurida ADCT- aplicabilidade exaurida ou esgotada Exemplo; arts. 1º, 2º, 3º e 14 do ADCT. Não esquecendo do Ministro Gilmar Ferreira Mendes que diz não haver critérios objetivos a classificar de um modo ou de outro.

2. INSTRUMENTOS DE CONTROLE DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

2.1 Mandado de injunção

O mandado de injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição do Brasil de 1988,com o seguinte enunciado : concederse-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade,à soberania e à cidadania.É um dos remédios-garantias constitucionais, sendo, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), uma ação constitucional usada em um caso concreto, individualmente ou coletivamente, com a finalidade de o Poder Judiciário dar ciência ao Poder Legislativo sobre a ausência de norma regulamentadora que torne viável o exercício dos direitos e garantias constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Possui efeito muito semelhante à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) por Omissão, diferenciando-se desta essencialmente por ser usado num caso concreto, sendo aquela uma das formas de controle concentrado no STF (que pode ocorrer sempre que uma das partes legitimadas pelo artigo 103 da Constituição Federal alega que uma lei ou um ato normativo federal ou

estadual, em tese, é incompatível com a Constituição - ADIn; quando alegam que lei ou ato normativo federal é compatível com a Constituição - ADC; ou há ausência de norma regulamentadora prevista na CF/88 - ADIn por omissão). Há ainda, como modalidade concentrada de controle de constitucionalidade, a ADIn interventiva, analisada pelo STF por requisição do Procurador Geral da República, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando há violação de preceito fundamental, inclusive de lei municipal e lei anterior à entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

O mandado de injunção é um instituto que se originou na Inglaterra, no século XIV, como essencial remédio do Equity.Nasceu,pois, do Juízo de Equidade.Ou seja,é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário,quando falta norma legal (statutes) regulando a espécie, e quando a *Common Law* não oferece proteção suficiente.A *equidade*, no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formulação da regra, jurídica para o caso concreto), assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal mas no *justo natural.*Na *injunction* inglesa como no mandado de injunção do art.5, LXXI, o juízo de equidade não é inteiramente desligado de pautas jurídicas.Não tem o juiz inglês da *Equity* o arbítrio de criar norma de agir *ex nihil,* pois se orienta por pauta de valores jurídicos existentes na sociedade (princípios gerais de direito,costumes, *conventions* etc.).E o juiz brasileiro também não terá o arbítrio de criar regras próprias, pois terá em primeiro lugar que se ater à pauta que lhe dá o ordenamento constitucional, os princípios gerais de direito, os valores jurídicos que permeiam o sentir social, enfim, os vetores do justo natural que se aufere no viver social, na índole do povo, no envolver histórico.Aí é que seu critério estimativo fundamenta sua decisão na falta de relamentação do direito, liberdade ou prerrogativas objeto da proteção do mandado de imjunção.Mas a fonte mais próxima deste é o *writ of injunction* do Direito norte-americano, onde cada vez mais tem aplicação na proteção dos direitos da pessoa humana, para impedir, p.ex., violações de liberdade de associação e de palavra, daliberdade religiosa e contra denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente religiosa e contra denegação de igual oportunidade de educação

por razões puramente raciais, tendo-se estabelecido mediante julgamento favorável de uma *injunction* (caso *Brown v. Board of Education of Topeka,*1954) o direito de estudantes negros à educação em escolas não segregadas; a Emenda 14 da Constituição norte-americana confere várias franquias inerentes à nacionalidade, à soberania, popular e à cidadania, pois a proteção desses direitos e franquias tem sido crescentemente objeto de *injunction*, tal como agora se reconece no Direito Constitucional pátrio.

Cf. "*Injunction"*, in Encyclopedia Britannica London, Willian Benton Publisher,1968,v.12,pp.225 e 256.

> O mandado de injunção é fundamentado no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal de 1988 e na Lei 8.038/90, no seu artigo 24. Conceitua-se por ser um remédio constitucional à disposição de qualquer pessoa (física ou jurídica) que se sinta prejudicada pela falta de norma regulamentadora, sem a qual resulte inviabilizado o exercício de seus direitos, liberdades e garantias constitucionais. Ou seja, é para suprir a falta de uma lei.

Tem como natureza jurídica ser uma ação constitucional de caráter civil e de rito sumário. O pressuposto para a ação é não haver regulamentação sobre o direito constitucionalmente garantido. Cabe exclusivamente contra o poder público, pois tem que haver omissão deste em relação a legislar sobre esse direito.

Não cabe: quando o direito não for garantido pela Constituição; contra lei infraconstitucional; quando a omissão for suprida por projeto de lei ainda não aprovado pelo Congresso Nacional; ou quando houver norma regulamentadora, ainda que omissa (há correntes contrárias quanto a esse último item).

A declaração de existência da omissão caracteriza a mora a favor do impetrante, sendo ordenado ao Legislativo que a conserte, sem procedimentos ou prazo para regularização. Compete julgar o mandado de injunção àqueles compreendidos no artigos 102, 105, 121 e 125 da Constituição Federal.

Não é admitido liminar nessa ação porque têm-se que esperar a resposta do órgão julgador em dizer se existe a omissão ou não quanto à

norma. Os procedimentos para a ação são os mesmos cabíveis no mandado de segurança, no que for legal.

O mandado de injunção é declaratório e mandamental. Declaratório porque reconhece a omissão e mandamental porque o julgador manda a quem tem competência legislar sobre o assunto, regulamentando-o.

Quanto ao mandado de injunção coletivo, é cabível no que for cabível o mandado de segurança, no qual as entidades impetrantes visam a garantir os direitos omissos de seus associados

2.1.1 CASOS RELEVANTES DE MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURESPRUDÊNCIA DO STF

MI 107 Relator: Moreira Alves (posição não concretista).

O tribunal se limita a constatar a existência da omissão inconstitucional e determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas

O STF durante praticamente 18 anos trabalhou com uma tese não concretista para então após 18 anos de jurisprudência fixada alterar o seu entendimento nos julgamentos do MI 670,708 e 712. Gerando consequências para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

A ADI por omissão prevista no art.103, par. 2º do texto constitucional foi introduzida aqui no Brasil pela nossa constituição de 1988 e clara inspiração ao Direito Português na constituição de 1976. Essa Ação até 2007 não possuia efeitos muito tangíveis, palpáveis e concretos.

Afinal de contas o STF em respeito a ideia que ele faz de separação de poderes manteve essa Ação adormecida por longo tempo afinal de contas dizia o STF em respeito a cláusula de separação de Poderes não pode se imiscuir a função legislativa.

Sabemos que no julgamento de uma ADI por omissão a decisão do STF pode tão somente comunicar o poder competente para que adote as

providências necessárias em se tratando de órgão administrativo para agir e que o faça em até 30 dias.

Seria bom que visualizássemos que a recente jurisprudência do supremo se alterou também no que tange o mandado de injunção.

(Teoria concretista Moderado)

MI 283/DF- Min. Sepúlveda Pertence (declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par.3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da Republica; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença liquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicara a coisa julgada, que, entretanto, não impedira o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável)

Novidade trazida do ordenamento português pelo constituinte de 1988- serve para combater o silêncio transgressor, a insinceridade normativa, o programaticismo das cartas novecentistas, responsáveis pela síndrome de inefetividade das constituições.

Serve para combater a omissão inconstitucional total (contamina, por inteiro, a lei ou ato normativo)e, também, a omissão inconstitucional parcial(atinge, apenas, parte da lei ou do ato normativo).

Competência- Compete ao Supremo processar e julgar, originalmente, a ADIn por omissão(CF,art.103,I,a).

Efeitos do Mandado de Injunção- O poder judiciário em respeito ao art.2o da Constituição Federal dava ciência ao poder legislativo. E se o legislativo não legislasse Não acontecia nada. Em 1990 o STF tendente a alterar essa jurisprudência que se firmava em alguns casos emblemáticos;

MI 232- Moreira Alves – Tratava do art. 195, § 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

- Estipulou prazo razoável para que a lei fosse editada. Prazo 6 meses

MI 283 - Ministro Sepúlveda Pertence –se em 6 meses não houvesse cumprimento a decisão autorizava a parte que fosse ao judiciário em 1 instância para obter sua reparação de natureza econômica.

MI284 – Celso de Melo-Fixou desde já a obtenção de natureza econômica o prazo já foi dado outrora e nada foi solucionado.

O STF passou ainda muitos anos com essa ideia de que o MI e outras ações quaisquer envolvendo Omissões constitucionais só tinham efeitos no que tange o seu caráter mandamental, basta simplesmente declarar a mora declarar a omissão e comunicar o Poder legislativo.

Em 2007 tivemos a grande alteração paradigmática válida aqui no Direito brasileiro.

MI 670 – Art. 37, VI reviu a tese do MI 107 Min. Moreira Alves- fixou entendimento que havia direito de greve.Precisávamos de uma lei complementar .Emenda constitucional 19/98 – Lei específica. Lei essa que não foi editada até hoje. Parece que ninguém queria que fosse editada os trabalhadores e neim o poder público. Resolve substituir a tese e adotar à Lei de Greve do serviço privado(CLT).Lei já editada surgiu disparidade.Isso é, à lei 7.783/89 votada e aprovada pelo legislativo.Deu uma solução temporária.

Sentença com caráter normativo;

Sentença aditiva (Direito Italiano).

No que tange o Mandado de Injunção temos duas teorias:

Tese não concretista - A sentença do Supremo apenas reconhece, formalmente, a existência da mora legislativa.A única coisa a se fazer é comunicar para legislar(muito tempo trabalhada).

Tese concretista - Para que o MI funcionasse foi preciso que evoluíssemos de uma tese não concretista para uma concretista.

Tese concretista Individual - A decisão produziria efeitos só entre partes ou seja, inter partes,não atingindo terceiros.

Individual Direta – Desde já o judiciário supre a lacuna.

Individual Intermediário – Ex-ministro Neri da Silveira se o que quer é conceder efeitos ao MI respeitando a clausula de Separação de Poderes. Solução; concedo novo prazo para o poder legislativo novamente inerte surge o dever de colmatar surgindo omissão constitucional das (2) duas partes.

Tese concretista Geral - Decide de modo genérico. “Erga Omnes” Com eficácia ampla.

MI 708/710 e 712 – Casos isolados. Nova postura.Mais concretista.Mudança paradigmática.Debates e reflexões.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão também sofreu esse influxos das decisões do mandado de injunção.

Podemos citar essas mudanças na ADIns: ADI 2244, 3316, 3489 e 3689.

A ADI por omissão também não possuía efeitos tangíveis, palpáveis em respeito a separação de poderes deixou adormecida por muito tempo.No julgamento de uma ADI por omissão só comunicava o poder legislativo para que se tomasse as providências necessárias e se tratando de órgão administrativo para o fazer em até 30 dias.

A recente doutrina modificou-se a pouco tempo essa reforma sempre necessária para revitalizar o ordenamento.O STF mudou o seu posicionamento.

> Temos o exemplo disso o ART.18, § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)

Impôs novo requisito = Lei complementar Federal.

A partir de 96 todos os municípios criados estão em desconformidade com à Constituição Federal .Portanto municípios inconstitucionais.

Várias Ações Diretas foram propostas discutindo a constitucionalidade deles

Mais de 57 municípios forma criados no Brasil.

Situação: Não existia Lei

2007: ADI por omissão:

2240, 3316,3489 e 3689 Como pode ser criado nesse período de tempo se a Lei Complementar Federal não existia!

Eles existem de fato e não se anulam situações de fato. Já havia prefeitos reeleitos, concursos públicos.

Ante a imposição como a suprema corte se comportou?

Surgiu daí a expressão “municípios putativos” (Existem mas não cumprem os requisitos legais que condenem ou supram as omissões.

Solução do supremo: esses municípios existem de fato e é preciso que respeitemos essa situação fática. Permitindo que eles se adequem nós precisamos de Lei Complementar Federal.

Exemplo: Barreiras/BA, Luiz Eduardo Guimarães

ADI3682-Relator Gilmar Mendes- Estabeleceu prazo razoável para que o legislador editasse a Norma do artigo 18, par 4, da CF e que pudesse por nós ser utilizado Estabeleceu prazo de 18 meses.Maio de 2007 a novembro de 2008.

Em setembro do mesmo ano o deputado Arlindo Schinader e presidente da câmara foi ao STF e disse que não cumpriria essa determinação. Mais de 10 anos da EC e o argumento de que não havia sido notificado. Era então o Senador Renan Calheiros que por disputas internas foi sucedido por Garibaldi Alves e depois disse que não havia sido notificado (por desinteligência burocrática).

O legislador ao invés de produzir um diploma normativo que regulasse o dispositivo do artigo 18, par.4 da CF, optou por Emendar a constituição

EC57/08 o Legislador tornou constitucional de modo superveniente aqueles 57 municípios que estavam em situação de inconstitucionalidade.

Evoluiu em alguns sentidos; Assim que houvesse apresentação de um projeto a omissão não poderia mais ser arguida. Avançou e fixou prazo razoável (O Min. Gilmar Mendes mandou ofício esclarecendo não se tratar de fixação de prazo para o legislativo mas tão somente do estabelecimento do que seria um prazo razoável para que houvesse a produção de uma lei.

2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Novidade trazida do ordenamento português pelo constituinte de 1988 - serve para combater o *silêncio transgressor*, *a insinceridade* normativa, o *programaticismo das cartas novecentistas*, responsáveis pela *síndrome de inefetividade das constituições.*

Serve para combater a omissão inconstitucional total (contamina, por inteiro, a lei ou ato normativo)e, também, a omissão inconstitucional parcial(atinge, apenas, parte da lei ou do ato normativo).Competência; Compete ao Supremo processar e julgar, originalmente, a ADIn por omissão(CF,art.103,I,a).

Existe à possibilidade de um não fazer um não atuar também violar a constituição ou seja, um comportamento positivo só a edição de uma norma que materialmente ou frontalmente (formalmente) atinge o texto da CF é um comportamento que pode ser tratado como um comportamento inconstitucional?

Quando à constituição exige que a norma seja editada e a norma não é produzida.

Desde 1988 considera à omissão tão gravosa quanto à ação. Para articularmos a ideia da ADI por omissão seria necessária que inicialmente possamos analisar as raízes do controle de constitucionalidade.

Quanto a estabilidade às constituições são: **Imutáveis** (Obsolecência), **Rígida** (admite alteração em seu texto), **Semi-Rígidas** (parte rígida) e **Flexíveis**(altera a estabilidade do texto).

O nosso ordenamento é hierarquizado/tira o suporte jurídico de uma norma superior. Isso traz supremacia para o texto constitucional. Ela controla todos os atos infraconstitucionais. A supremacia formal gera para nós a possibilidade de criarmos mecanismos, instrumentos de controle de constitucionalidade.

Identificamos normas que contrariam à Constituição Federal; Neutralizasse, Extirpa da constituição.

Através do controle abstrato/concentrado a ADI por omissão faz parte. Ela surgiu com à Emenda Constitucional 16/65 (Controle concentrado).Kelsen reescreve em 1920 .

O direito de greve tem por objeto a ausência de norma regulamentadora.

> Art. 37, VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).
> Art.103, § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

2.2.1 CASOS RELEVANTES DE OMISSÃO LEGISLATIVA NA JURISPRIDÊNCIA DO STF

Já em 1989, o Supremo Tribunal Federal firmou tese, no julgamento da ADI19, relator Adir Passarinho, no sentido de que não cabe a ação direta por omissão para determinar a prática de ato administrativo, uma vez que essa não destina- se ao tratamento da inconstitucionalidade por omissão de cunho normativo.

ADI 19 – STF com Relatoria de Adir Passarinho, julga no sentido de que não cabe ação direta por omissão para determinar a prática de ato

administrativo, uma vez que essa ação destina-se ao tratamento da omissão de cunho normativo.

Também na ADI 130, relator Sepúlveda Pertence, a Corte concluiu pela perda de objeto da ação direta por omissão quando dirigida exclusivamente contra ausência de iniciativa do Chefe do Poder Executivo Federal, quando o projeto de lei já tinha sido encaminhado ao Congresso Nacional (j. em 14-12-1989).

ADI 130 – STF com Relatoria de Sepulveda Pertence conclui pela perda do objeto da ADO dirigida exclusivamente contra ausência de iniciativa do chefe do poder executivo federal, quando o projeto de lei já foi encaminhado ao congresso nacional.

Na liminar referente à ADI336, concedida parcialmente para suspender os efeitos de dispositivos específicos da Constituição do Estado de Sergipe, até o julgamento final da ação, o Supremo Tribunal Federal inaugurou jurisprudência no sentido de que a concessão da liminar pode ocorrer nos casos de omissão parcial (liminar julgada em 24-09-1990).Nesse mesmo sentido: ADI 652 (18-12-1991) e ADI 2.040 (15-12-1999).

Nas ADIs 529 e 525, julgados em 1991, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o dilema entre a declaração de inconstitucionalidade por ação de uma norma e a inconstitucionalidade por omissão da mesma norma.Também, nesses precedentes, firmou posicionamento no sentido de que, quando se trata de omissão total, não cabe a liminar.No mesmo sentido as ADIs 361 (3-8-1998) e 267 (8-8-2002).

Em 1992, no julgamento do MI 395, relator Moreira Alves, o STF firmou tese de que não são fungíveis o mandado de injunção e a ação direta por omissão.A impossibilidade de conversão da ADI em ADI por omissão ficou consignada nas ADI-MC 986,relator Néri da Silveira, ADI 1.439, relator Ministro Celso de Mello, e ADI-QO 1.442, também da relatoria do Ministro Celso de Mello.

A Corte Suprema registrou a mora do chefe do Poder Executivo para enviar projeto de lei ao Congresso Nacional na ADI 2.061 (29-6-2001).

Considerou, todavia, o Tribunal, que não sendo a providência requerida de natureza administrativa, não haveria "cogitar da aplicação do art. 103, Par.2, *in fine,* que prevê a fixação de prazo para o mister".

Em 2005, o STF julgou procedente a ADI 3.276 (2-6-2005) para declarar a inconstitucionalidade por omissão em relação à criação das carreiras de auditores e de membros do MP Especial fundo ao TCE (Ceará).

Em 9 de maio de 2007, julgando a ADI 2.240, declarou a inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, em razão de situação fática consolidada, da Lei n.7.619/2000, do Estado da Bahia, que cria o Município de Luís Eduardo Magalhães.Ao não pronunciar a nulidade do ato impugnado, manteve sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável para o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros da lei complementar federal a ser editada.

Na mesma data, a ADI 3.682, entendeu o STF que a *inércia deliberandi* (discussão e votação) também configura omissão passível de vir a ser reputada inconstitucional, se os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação. No caso fixou-se prazo de 18 meses para o Congresso Nacional adotar todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento de dever constitucional imposto pelo art.18, par.4, da Constituição (EC n.15/1996), devendo contemplar as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão.

Verifica-se que as decisões adotadas a propósito da revisão salarial anual (as quais ocupam boa parte das ações diretas pó omissão ajuizadas nos últimos anos) parecem ter dado ensejo a iniciativas legislativas no âmbito federal e estadual, o que pode revelar alguma vitalidade para um instituto até então condenado a uma certa letargia ou ineficácia, se for considerada a sua história no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Entende-seque o STF, por ser o ente estatal competente, não se furte da busca incessante de conceder à nossa Lei Maior a efetividade necessária, tornando viável o exercício regular dos direitos por ela própria consagrados. Somente com a tomada de posições mais enérgicas por parte do Judiciário no

que tange ao combate das omissões inconstitucionais, é possível se vislumbrar a ideia plena da Constituição, que deve ser o norte de todo Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

A discussão em torno de soluções jurídicas para sanar as omissões inconstitucionais são bastante recentes na doutrina mundial. Inclusive, em direito comparado os institutos contidos na Constituição Federal brasileira a respeito do tema estão entre os mais avançados.

Entende-se que o STF, por ser o ente estatal competente, não se furte da busca incessante de conceder à nossa Lei Maior a efetividade necessária, tornando viável o exercício regular dos direitos por ela própria consagrados. Somente com a tomada de posições mais enérgicas por parte do Judiciário no que tange ao combate das omissões inconstitucionais, é possível se vislumbrar a ideia plena da Constituição, que deve ser o norte de todo Estado Democrático de Direito.

Contudo, alguns pronunciamentos citados tanto em sede demandado de injunção quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão têm procurado conferir um destino útil e resultado para os dois institutos não se tratando de transformar os Ministros do Supremo em legisladores. Mas uma questão de bom senso, para evitar que um direito inalienável, imprescritível, que esteja dependendo de lei, a qual não se sabe quando virá, não finde pelo descaso ou desinteresse daqueles que têm o encargo sacrossanto de legislar, mas, por motivos diversos, não o fazem!.

Referências

BARBOSA, Júlia de Carvalho. O direito de greve dos servidores públicos e a possibilidade de interposição do mandado de injunção. Disponível em: <*www.juspodivm.com.br*>. Acesso em: 12 set. 2009.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Mandado de Injunção.* Revista dos Tribunais, ano 90, v. 788, jun.2001, p.727-746.

FIRMINO. Nelson Flávio. Mandado de Injunção e a Interpretação do STF**.** *Universo Jurídico.* Disponível em: <*http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/6266/Mandado_de_Injuncao_e_a_Interpretacao_do_STF*>. Acesso em: 12 set. 2009.

GONÇALVES, Leonardo de Carvalho Ribeiro. O Mandado de injunção e o ativismo do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.jfrj.gov.br/Rev_SJRJ/num23/artigos/artigo_5.pdf>. Acesso em: 12 set. 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012, 16ª ed., revista, atualizada e ampliada.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA. Eduardo Ribeiro. O novo aproveitamento do mandado de injunção. Disponível em: <http http://www.nagib.net/variedades_artigos_texto.asp?tipo=13&area=3&id=464>. Acesso em: 12 set. 2009.

OLIVEIRA. Francisco Antônio de. *Mandado de Injunção:* da inconstitucionalidade por omissão. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PINTO, Luciana Teixeira da Silva. Mandado de injunção e a nova visão do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=1120>. Acesso em: 12 set. 2009.

PRADO, Henrique Sartori De Almeida. *Juris Way.* A separação de poderes e criação jurisprudencial do direito: limitações ao protagonismo judicial nas hipóteses de omissão legislativa. Disponível em:

<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1042>. Acesso em: 12 set. 2009.

SABRA. Paula Rodrigues. *Mandado de injunção:* a relação entre os poderes judiciário e legislativo. 2008. 75 f. Dissertação (Trabalho de Conclusão de Curso). Faculdade de Direito, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo.

SANTOS. Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SCHÄFER, Jairo (Org.) *Temas Polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Mandado de Injunção e Habeas Data.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

______________________________ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, 18ª ed., revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda nº 27 de 21/03/2000) .

SOUTO MAIOR FILHO, Marcos Antônio. Mandado de Injunção, Letra Morta ou Não? . *Jus Navigandi,* Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2056>. Acesso em: 12 set. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2008.

Idp MESTRADO

SISTEMAS DE MULTIPROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: OS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Gabrielle Tatith Pereira

Introdução

A história da humanidade, marcada por reiterados episódios de violência, permitiu a construção de diferentes sistemas de proteção dos direitos humanos nas esferas nacional e supranacional. Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, o desenvolvimento do constitucionalismo encontrou paralelo no direito internacional com a promulgação de inúmeros tratados que reforçam a posição jurídica da pessoa humana, independentemente de qualquer condição.

A proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional consolida um verdadeiro sistema de multiproteção, que se estrutura em diferentes domínios hierárquicos, espaciais, temporais e pessoais. No direito internacional, a proteção dos direitos humanos pode ser universal, num sistema que congrega declarações e cartas universais e o Tribunal Penal Internacional, ou regional, num sistema que congrega declarações e pactos regionais, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Organização Interamericana de Direitos Humanos. No direito interno, a proteção dos direitos e liberdades fundamentais estrutura-se em normas constitucionais e infraconstitucionais.

Esses distintos níveis normativos pretendem atuar de forma complementar, em benefício da pessoa humana. Entretanto, sua aplicação conjunta pode acarretar problemas jurídicos relacionados à compatibilização de normas e de decisões judiciais internas e internacionais conflitantes. Um claro exemplo desse conflito deve ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos embargos de declaração opostos em face do acórdão proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153.

No julgamento de mérito da ADPF n. 153, a Corte reconheceu a recepção da Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79) pela Constituição de 1988, entendendo como válida a anistia concedida aos agentes do Estado que violaram direitos humanos no período da ditadura militar. Ocorre que, posteriormente a esse julgamento, sobreveio decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), na qual se reconheceu a incompatibilidade das leis de anistia com o direito internacional de proteção aos direitos humanos, condenando-se o Estado brasileiro a investigar e a punir os agentes públicos que atentaram contra os direitos humanos no episódio conhecido como Guerrilha do Araguaia.

Esse fato novo e superveniente motivou o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (entidade requerente) a opor embargos de declaração com efeitos modificativos, a fim de que o Supremo Tribunal Federal manifeste-se sobre a decisão da Corte Interamericana e sobre o seu cumprimento pelo Estado brasileiro, uma vez que conflitante com a decisão proferida no julgamento de mérito da ADPF n. 153.

Os embargos de declaração aguardam julgamento e provavelmente representarão um *leading case* sobre a matéria na Corte, bem como uma oportunidade de o Supremo reforçar (ainda mais) a força vinculante das normas e da jurisdição internacionais sobre direitos humanos em nosso ordenamento interno.

Nesse contexto, o propósito deste trabalho é analisar a relação que se estabelece entre as normas e as jurisdições interna e internacional, especialmente quando conflitantes, e as soluções jurídicas possíveis no âmbito do sistema de multiproteção dos direitos humanos.

O estudo opta por uma linha crítico-metodológica. Como métodos de procedimento, são utilizados principalmente o jurídico-descritivo (abordagem preliminar de um problema jurídico como fase metodológica de uma investigação) e o jurídico-interpretativo (procedimento analítico de decomposição do problema em seus diversos aspectos). No desenvolvimento da investigação, adota-se predominantemente o raciocínio dialético.

1. Sistema de multiproteção dos direitos humanos: em busca da complementaridade das ordens interna e internacional

O direito constitucional e a teoria da constituição enfrentam um desafio importante no novo contexto de universalização, em que o indivíduo divide o espaço normativo com organizações e outros atores coletivos. A universalização das relações coloca o Estado numa posição de concorrência no plano interno e no plano internacional. Internamente, embora em situação privilegiada, o Estado convive com os indivíduos, com o mercado, com as empresas, com os grupos, com as tecnologias, entre outros. Externamente, convive com ordenamentos supranacionais que colocam em xeque o modelo dominante de soberania.[118]

Nesse contexto, a Constituição deixa de ser o elemento principal do universo jurídico-político e o Estado, agora Estado-região, deixa de ser o detentor da última decisão.[119] Ao passo que essa modificação impõe novos limites à ordem constitucional, impõe uma nova compreensão da ordem internacional, especialmente em matéria de proteção dos direitos humanos.

O movimento de internacionalização dos direitos humanos surgiu após a Segunda Guerra Mundial, como resposta aos reiterados episódios de violência, que implicaram a destruição e a descartabilidade da pessoa humana. Diante desse cenário de desconstrução, iniciou-se um movimento de reconstrução dos direitos humanos a partir da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Essa carta introduz a concepção contemporânea de direitos humanos universais e indivisíveis.[120]

---

[118] MENDES, Gilmar Ferreira. A justiça constitucional nos contextos supranacionais. **Direito Público**. Ano II. n. 8. Abr-maio-jun/2005. p. 55.
[119] MENDES, Gilmar Ferreira. A justiça constitucional nos contextos supranacionais. **Direito Público**. Ano II. n. 8. Abr-maio-jun/2005. p. 56.
[120] PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público do Dist. Fed. Territ.**, Brasília, Ano 8, V.15. jan./jun. 2000. p. 94.

A partir de então, os direitos humanos alcançaram o interesse da comunidade internacional e tornaram-se, cada vez mais, objeto de proteção e regulamentação por sistemas universais, como o da Organização das Nações Unidas, e regionais, como os da Europa, da América e da África. Tendo como premissa fundamental a máxima proteção da pessoa humana, esses sistemas de proteção do direito internacional pretendem atuar de forma complementar, sem dicotomias.[121]

O relevante no sistema de multiproteção é o grau de proteção dos direitos humanos. Significa que a norma a ser aplicada no caso concreto deve ser aquela que mais efetivamente garante a esfera de direitos da vítima, independentemente de o fundamento normativo ser universal ou regional, no caso do direito internacional, ou mesmo estatal, no caso do direito interno.

Os diversos sistemas de proteção devem interagir em benefício da pessoa humana, no sentido de ampliar e fortalecer a sua esfera de direitos.[122] Disso resulta que não deve haver uma hierarquia *a priori* estabelecida entre as normas de direito interno e internacional, uma vez que a prevalência de um ou outro conjunto normativo deve ser aferida na análise dos casos concretos submetidos a julgamento nas jurisdições internas e internacionais.

Há, igualmente, outro aspecto relevante. O direito internacional sobre direitos humanos torna-se parâmetro de validade para a produção do direito interno no momento em que suas normas jurídicas tornam-se vinculantes ao Estado-parte. Significa que não apenas o direito constitucional, mas igualmente os tratados internacionais, passam a conferir validade material aos atos legislativos hierarquicamente inferiores, desafiando o controle jurisdicional nos âmbitos interno e internacional.

O sistema de multiproteção dos direitos humanos pretende extirpar as contradições entre normas e eventual conflito entre jurisdições. Entretanto, a existência de diferentes instâncias de proteção dos direitos humanos pode

---

[121] PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público do Dist. Fed. Territ.**, Brasília, Ano 8, V.15. jan./jun. 2000. p. 97.
[122] PIOVESAN, Flavia. A justicialização do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, a. I – nº 4 – jul./set. 2002. p. 38.

suscitar problemas de validade e de eficácia das decisões judiciais e das normas de direito internacional no âmbito da ordem jurídica dos Estados. Mais que um problema teórico, a hierarquia entre o direito interno e o direito internacional constitui um problema prático, decorrente da necessidade de solução de conflitos que envolvem a jurisdição internacional, a jurisdição interna e a esfera de direitos dos cidadãos.

2. As relações entre o direito interno e o direito internacional: a superação da dicotomia monismo e dualismo

Os sistemas de proteção dos direitos humanos são comumente analisados sob dois pontos de vista opostos: o do direito internacional, de fora para dentro, e o do direito interno, de dentro para fora. Para o direito das gentes, consagrou-se a prevalência das suas normas e da sua jurisdição. Para as ordens internas, a questão mostra-se tormentosa e depende da opção político-constitucional de cada Estado, que está relacionada a fatores variados, como tradição legislativa, cultura jurídica, aspectos econômicos, entre outros.[123]

Há, não obstante, uma tendência crescente de complementaridade entre as ordens interna e internacional, a qual tem conferido novos contornos à clássica dicotomia entre as teorias monista e dualista, fazendo emergir teorias mais conciliatórias, em prol da ausência de uma hierarquia predeterminada entre esses planos normativos.

Tendo em vista que, no seu atual estágio de desenvolvimento, o direito das gentes já integra a ordem jurídica dos Estados, a questão central do debate estaria no processo de internalização e na garantia da máxima efetividade das normas decorrentes dos tratados, bem como nas responsabilidades do Estado em caso de descumprimento de obrigações internacionais.

---

[123] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª Ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007. p. 53-54.

De fato, as constantes intervenções das normas e dos organismos internacionais no plano nacional, em prol da promoção e da proteção dos direitos humanos, têm provocado uma relativização do conceito de soberania estatal e, consequentemente, têm enfraquecido as contribuições da teoria dualista na solução de conflitos entre os planos interno e internacional.

Não há mais espaço para se compreender o direito interno e o direito internacional como sistemas independentes, distintos, igualmente válidos e que se desenvolvem paralelamente, regulando objetos distintos. Está superada a ideia de que o direito internacional restringe-se à regulação das relações entre Estados e entre esses e os organismos internacionais, incumbindo ao direito interno a regulação das relações entre Estados e indivíduos. No plano normativo, o direito internacional não apenas atua na proteção da pessoa humana, como também a resguarda das ações e omissões praticadas pelos Estados.

As contribuições da teoria monista também se mostram relativas, na medida em que ela propugna pela prevalência de um dos planos, o interno (nacionalista) ou o internacional (internacionalista).[124] Embora pressuponha a unidade dessas ordens jurídicas, com identidade de sujeitos e de fontes, a teoria monista defende que um dos planos deve servir de fundamento de validade ao outro, a ele se sobrepondo.

Para a corrente monista nacionalista, o direito do Estado sobrepõe-se ao direito das gentes, cuja adoção constitui faculdade discricionária, um mero desdobramento do direito nacional. Fundamenta-se na ausência, no cenário internacional, de uma autoridade supraestatal capaz de obrigar o Estado ao cumprimento de suas normas, incumbindo a cada contratante a determinação de suas próprias obrigações internacionais, a partir do tratamento constitucional que a matéria recebe internamente.[125]

Essa doutrina confere especial atenção aos princípios da soberania estatal e da supremacia da Constituição, de modo que a obrigatoriedade do

---

[124] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 2008. p. 5.
[125] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª Ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007. p. 65-66.

direito internacional decorre das normas de direito interno, em especial das normas de *status* constitucional.

De outro lado, para o monismo internacionalista, desenvolvido após a Segunda Guerra Mundial e que teve como maior expoente Hans Kelsen, o direito internacional torna-se parâmetro de validade da ordem interna, a esta se sobrepondo. No ápice da ordem jurídica mundial encontra-se o direito internacional, como norma posta decorrente do principío do *pacta sunt servanda*.[126] Nesse sentido, a ordem jurídica interna deve sempre ceder em caso de conflito com a ordem jurídica internacional, a qual confere validade e regula os limites da competência do direito doméstico, definindo os seus limites territorial, temporal e pessoal.[127] Nesse modelo, há assuntos que estão sob a jurisdição exclusiva do direito internacional, mas não há jurisdição exclusiva ao direito interno.

Tem-se, no caso, a concepção de que existe uma sociedade internacional de Estados, da qual emerge com predominância o sistema internacional, regulador das relações entre Estados e dos próprios limites do direito interno estatal.

Também a teoria monista, seja a nacionalista, seja a internacionalista, pressupõe uma hierarquia entre as ordens interna e internacional, na contramão das tendências contemporâneas de coexistência harmônica entre esses conjuntos normativos, sem uma hierarquia estabelecida *a priori*, viabilizando a aplicação da norma mais benéfica ao indivíduo no caso concreto.

---

[126] Cita-se, a esse respeito, passagem da obra de Kelsen: "Do fato de o Direito internacional se situar acima dos Estados, acredita-se que é possível concluir que a soberania do Estado é essencialmente limitada e, por essa via, se torna possível uma organização mundial eficaz. O primado do Direito internacional desempenha um papel decisivo na ideologia política do pacifismo. A soberania do Estado – que o primado do Direito internacional exclui por completo – é algo completamente diferente da soberania do Estado que é limitada pelo Direito internacional. Aquela significa: autoridade suprema; esta: liberdade de ação do Estado. A limitação desta opera-se através do Direito internacional precisamente do mesmo modo, quer este seja pensado como ordem jurídica supra-estadual, quer como ordem jurídica integrada na ordem jurídica estadual." In: **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2011. p. 381-382.

[127] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª Ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007. p. 59.

O sentido de construção de um sistema de multiproteção dos direitos humanos, que congrega sistemas universais, regionais e estatais, está na ampliação do espectro de proteção da pessoa humana, a qual poderá fundamentar sua pretensão em quaisquer dessas instâncias normativas, perante a jurisdição interna e, supletivamente, perante a jurisdição internacional. Os mecanismos de responsabilizção e de controle internacional são acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omisso na implementação de direitos e liberdades fundamentais.[128]

A natureza convencional do direito internacional não pode se constituir em fundamento razoável para a recusa na sua aplicação, inclusive em relação às decisões da jurisdição internacional, porque o Estado que livremente se obriga assume de boa-fé o compromisso internacional de cumprir as normas convencionais e de assegurar o pleno exercício desses direitos aos cidadãos.

Mas disso não resulta necessariamente a superioridade do direito internacional em face do direito interno, porque a efetiva proteção dos direitos humanos repousa na aplicação da legislação que, num determinado caso concreto, melhor promova a pessoa humana, tenha ela como fonte o direito interno ou o direito internacional.

Essa compreensão resulta de um processo lento e gradual de internacionalização dos direitos humanos e de sua reconstrução como direitos universais e indivisíveis, cuja proteção não deve se restringir ao domínio reservado do Estado, ou seja, à legislação e à jurisdição domésticas. É inegável, contudo, que a relação entre o direito interno e o direito internacional resulta da opção político-constitucional de cada Estado e do papel mais ou menos preponderante que confere à proteção dos direitos humanos em sua ordem jurídica.

Em sua maior parte, as constituições dos países europeus dispõem sobre a relação entre o direito interno e o direito internacional, considerando este como parte integrante daquele. A França, contrariamente, possui

[128] PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público do Dist. Fed. Territ.**, Brasília, Ano 8, V.15. jan./jun. 2000. p. 97-98.

disposição constitucional expressa sobre a superioridade do direito internacional.[129]

No continente americano, a jurisprudência dos Estados Unidos há muito considera que os tratados e convenções internacionais incorporam-se ao direito interno com *status* de lei federal, a partir da interpretação conferida ao art. 6º, 2ª seção, da Constituição.[130]

As constituições latino-americanas conferem aos tratados internacionais sobre direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada em relação aos tratados tradicionais. A constituição Argentina, por exemplo, confere hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção dos direitos humanos (art. 75,22).[131]

A Constituição de 1988 não realizou uma opção expressa e inequívoca quanto à prevalência da ordem interna ou da ordem internacional. A opção constitucional pela teoria monista ou pela teoria dualista sempre provocou celeuma na doutrina e na jurisprudência brasileiras. O delineamento da matéria encontra-se em permanente evolução, conforme se depreende da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

---

[129] BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. **Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Coord. Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. Rio de Janeiro : Renovar. 2008. p. 188.

[130] BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. **Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Coord. Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. Rio de Janeiro : Renovar. 2008. p. 188-189.

[131] PIOVESAN, Flavia. A justicialização do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, a. I – nº 4 – jul./set. 2002. p. 41.

3. A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no direito brasileiro

Apesar da abertura das ordens nacionais ao direito internacional, a adequada solução dos conflitos entre o direito interno brasileiro e o direito internacional no sistema de multiproteção dos direitos humanos pressupõe a definição do *status* normativo conferido às normas internacionais em nosso ordenamento jurídico, especialmente quando protegem direitos humanos.

Em síntese, pode-se dizer que são quatro as correntes doutrinárias sobre o tema: hierarquia supraconstitucional, hierarquia constitucional, hierarquia supralegal e hierarquia legal (leis ordinárias).

Até o advento da Constituição de 1988, prevaleceu na doutrina e na jurisprudência constitucional a tese da hierarquia legal dos tratados internacionais, inclusive sobre direitos humanos. No julgamento do RE n. 80.004, em 1977, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil possuíam *status* normativo de lei ordinária, de modo que, verificando-se um conflito aparente entre os pactos e as normas internas, aplicar-se-iam os tradicionais critérios de solução de antinomias.[132]

Com a nova ordem constitucional, a doutrina de direito internacional majoritária posicionou-se no sentido de que o art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988[133] introduzira uma exceção à regra de paridade à lei ordinária, porquanto incluíra no rol de direitos e garantias fundamentais os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil, atribuindo-lhes a hierarquia de normas constitucionais. Os direitos internacionais sobre direitos humanos integrariam, assim, o chamado "bloco de

---

[132] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 2008. p. 99.

[133] Art. 5º (...)
§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

constitucionalidade",[134] densificando a cláusula aberta ou a não tipicidade dos direitos fundamentais, acolhida por esse dispositivo.

Com a promulgação da EC n. 45, de 2004, o poder constituinte derivado introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição,[135] conferindo expressamente a hierarquia de norma constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados segundo o rito das emendas constitucionais (duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos membros).

Para os internacionalistas, a introdução do § 3º do art. 5º da Constituição não conferiu aos tratados sobre direitos humanos a natureza de normas materialmente constitucionais, o que já era assegurado pelo seu § 2º, mas tão somente a natureza de normas formalmente constitucionais, porque equiparadas às emendas constitucionais.[136]

Em relação aos tratados internacionais comuns, a doutrina de direito internacional assegurou-lhes hierarquia supralegal, posicionando-os entre as normas constitucionais e infraconstitucionais.[137] A tese fundamenta-se na interpretação conjunta do art. 5º, §§ 2º e 3º, e do art. 102, inc. III, alínea b, ambos da Constituição de 1988, e do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em face do qual *"uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado"*.

---

[134] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9ª ed. São Paulo : Saraiva, 2008. p. 55.

[135] Art. 5º (...)
§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[136] Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. **Revista da AJURIS**. Ano XXXVI. n. 113. mar/2009. p. 360. No mesmo sentido: Flávia Piovesan, In: **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9ª ed. São Paulo : Saraiva, 2008. P. 51-81; SARLET, Ingo Wolfgang. In: Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos. **Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo**. Coord. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. Rio de Janeiro : Renovar, 2008. p. 803-844.

[137] Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. **Revista da AJURIS**. Ano XXXVI. n. 113. mar/2009. p. 335.

A partir do princípio da concordância prática, que restringe o âmbito de aplicação das normas em conflito para lhes assegurar a máxima efetividade possível, a doutrina de direito internacional defende que os tratados internacionais comuns não possuem *status* constitucional, porquanto não versam sobre direitos humanos. Entretanto, sendo defeso ao Estado refutar sua aplicação com fundamento numa disposição infraconstitucional do direito interno, gozam de primazia em relação às normas infraconstitucionais, do que resulta o seu caráter de supralegalidade.

Há que se ressaltar, contudo, que a doutrina de direito internacional não foi acompanhada pela doutrina constitucionalista, tampouco pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Mesmo com a Constituição de 1988, a tese do *status* legal dos tratados internacionais, inclusive sobre direitos humanos, continuou prevalecente, em face do disposto no art. 102, inc. III, alínea b, da Constituição, o qual conferiu ao Supremo a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. A expressa menção à competência do Supremo para o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais reforçaria o *status* infraconstitucional dessa espécie normativa.

Essa jurisprudência sustentou-se até 2006, no julgamento do RE n. 466.343-1/SP, em que se discutia a prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária. Em voto-vista, o Min. Gilmar Mendes, defendeu a tese da supralegalidade das normas internacionais sobre direitos humanos, no que foi unanimemente acompanhado pelos demais Ministros.[138]

O fundamento basilar dessa mudança de orientação, segundo o referido voto, assentou-se na introdução do § 3º do art. 5º da Constituição, o qual teria assegurado um tratamento diferenciado às normas internacionais sobre direitos humanos, acenando para a insuficiência de se conferir hierarquia de lei

---

[138] Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli, a tese da supralegalidade fora defendida anteriormente em voto vencido do Ministro Sepúlveda Pertence, no ano de 2000, no julgamento do RHC n. 79.785/RJ. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. **Revista da AJURIS**. Ano XXXVI. n. 113. mar/2009. p. 343.

ordinária a tais normas. Muito embora a introdução desse parágrafo tenha reforçado a hierarquia infraconstitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos anteriormente ratificados, para o Ministro a alteração do texto constitucional ressaltou o caráter especial dos tratados sobre direitos humanos em relação aos demais pactos internacionais, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Acrescentou que a EC n. 45, de 2004, teria impulsionado a superação da tese da legalidade até então adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em face da consciência atual de que o Estado constitucional é um Estado cooperativo e cada vez mais aberto às ordens supranacionais. Referiu, ainda, que a mudança da forma pela qual os direitos humanos são tratados pelo Estado Brasileiro ocorre de forma lenta e gradual e que a jurisprudência da Corte deveria ser revisitada criticamente, concluindo seu voto pela atribuição da característica de supralegalidade a tais normas, que teriam o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com elas conflitante.

Nos votos dos Ministros, restou clara a preocupação em consolidar e expandir os diversos sistemas de proteção dos direitos humanos, mas disso não resultou o reconhecimento do *status* constitucional aos tratados dessa natureza, salvo quando aprovados pelo rito das emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, da Constituição).

Então, a partir desse *leading case*, a Corte alterou sua jurisprudência, fazendo prevalecer o caráter de supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos (abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional).

A tese da constitucionalidade foi posteriormente acolhida pelo Min. Celso de Mello em voto proferido no julgamento do HC 87.585-8/TO[139], em 2008, no

---

[139] DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. (HC 87585, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-02 PP-00237). Desde então, o Min. Celso de Mello tem mantido o seu posicionamento sobre o *status*

qual reconheceu como mais acertada a doutrina da hierarquia constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, independentemente do rito de aprovação, assegurando-lhes prevalência em relação ao direito interno comum.

Embora a relação entre o direito interno e o direito internacional seja objeto de constante reflexão nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, com grandes possibilidades de evolução em prol da proteção mais efetiva da pessoa humana, o posicionamento atualmente prevalecente é o do caráter supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Nesse contexto, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil podem gozar de hierarquias diferenciadas, conforme for o objeto e o procedimento de aprovação no Congresso Nacional, nos seguintes termos: hierarquia de leis ordinárias para os tratados comuns; hierarquia supralegal para os tratados sobre direitos humanos, aprovados por maioria simples e; hierarquia constitucional para os tratados sobre direitos humanos aprovados pelo rito das emendas constitucionais.

Os distintos graus hierárquicos que os pactos internacionais assumem no ordenamento jurídico brasileiro acabam por introduzir uma modalidade complementar de análise da compatibilidade material vertical das normas infraconstitucionais, ao lado do controle de constitucionalidade. Essa nova modalidade de controle é doutrinariamente conhecida como controle de convencionalidade.

4. Os controles de constitucionalidade e de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro

As Constituições escritas modernas preservam um núcleo conceitual permanente: são um princípio supremo que determina o ordenamento estatal e

---

constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, independentemente do rito de aprovação no Congresso. Cita-se, exemplificativamente, o HC 96772, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009.

a própria essência da comunidade fundada por esse ordenamento.[140] Nos Estados Democráticos de Direito, às normas constitucionais incumbe basicamente a estruturação e a organização dos poderes, a definição do processo legislativo e o estabelecimento de um rol de direitos e garantias fundamentais.

O desenvolvimento do constitucionalismo, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, culminou com o reconhecimento da supremacia e da força normativa da Constituição. Esta se revela um depositário de valores morais e políticos, especialmente em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis, e passa a intermediar uma tensão permanente entre constitucionalismo e democracia, porquanto o âmbito de deliberação política do Parlamento vê-se limitado materialmente pelas normas constitucionais.[141]

Nesse contexto, aprofundaram-se os estudos sobre os mecanismos de proteção do texto constitucional em face dos atos dos poderes públicos. O controle de constitucionalidade é justamente o instrumento de aferição da compatibilidade da produção normativa doméstica com as normas constitucionais, considerando os prismas formal e material.

No sistema de jurisdição constitucional brasileiro (misto), adotam-se os modelos concentrado e difuso. No primeiro, a competência é originária do Supremo Tribunal Federal, a impugnação refere-se diretamente a lei (federal ou estadual) ou ato normativo (federal), há ações de controle e legitimados específicos. No segundo modelo, também conhecido como de exceção ou de defesa, a constitucionalidade é analisada incidentalmente, como questão prejudicial à questão de mérito discutida no caso concreto, de modo que a competência decisória estende-se a qualquer juiz ou tribunal do país e qualquer cidadão está legitimado a suscitar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal.

---

[140] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 1053.
[141] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 61-62.

O controle de constitucionalidade, por qualquer de suas vias, constitui-se num dos instrumentos mais relevantes para a proteção dos direitos e garantias fundamentais. Não obstante, as múltiplas esferas de proteção da pessoa humana, também acolhidas pela Constituição de 1988, acabaram por introduzir no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de dupla compatibilidade vertical material, que compreende o controle de convencionalidade como um modelo coadjuvante e complementar ao tradicional controle de constitucionalidade e que tem como parâmetro as normas de direito internacional.[142]

Ao adotar um sistema aberto de direitos fundamentais,[143] o constituinte não pretendeu a taxatividade da enumeração contida no Título II do texto constitucional. Assim, a análise dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade não pode ignorar que a Constituição expressamente estabeleceu diferentes vertentes de direitos e garantias fundamentais, a saber: os direitos e garantias expressos no texto constitucional; os direitos e garantias decorrentes dos princípios e do regime adotados pela Constituição; os direitos e garantias fundamentais previstos em tratados de que a República Federativa do Brasil seja parte, quando aprovados pelo rito das emendas constitucionais (hierarquia constitucional) e; os direitos e garantias fundamentais previstos em tratados de que a República Federativa do Brasil seja parte, quando aprovados por maioria simples (hierarquia supralegal).

Diante dessas distintas fontes normativas de proteção dos direitos humanos, a validade de uma norma infraconstitucional não depende apenas de sua compatibilidade com as normas constitucionais (primeiro grau de compatibilidade vertical material), mas igualmente de sua compatibilidade com

---

[142] Conforme esclarece Valerio de Oliveira Mazzuoli, 'a ideia de "controle de convencionalidade" tem origem francesa e data do inicio da década de 1970. (...)Tal se deu originariamente quando o Conselho Constitucional francês, na Decisão n. 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis (ou seja, a compatibilidade destas com os tratados ratificados pela França, notadamente – naquele caso concreto – a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950), pelo fato de não se tratar de um controle de constitucionalidade propriamente dito, o único em relação ao qual teria competência dito Conselho para se manifestar a respeito.' In: **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 70-71.

[143] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 193.

a ordem jurídica internacional sobre direitos humanos (segundo grau de compatibilidade vertical material).[144]

Nesse sentido, o controle de convencionalidade pressupõe uma hierarquia entre o direito infraconstitucional e o direito internacional, notadamente em relação às normas que protegem direitos humanos, o que é perfeitamente compatível com o atual estágio de desenvolvimento da jurisprudência constitucional brasileira sobre a matéria.

Com essa nova modalidade de controle, pretende-se o estabelecimento de um diálogo entre os planos interno e internacional, visando a aplicação da norma que assegure uma proteção mais efetiva à pessoa humana.

Os próprios tratados internacionais sobre direitos humanos já preveem "clausulas de diálogo" que possibilitam a comunicação entre as fontes nacional e internacional. Por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 29, alínea b[145], expressamente define critérios de interpretação do seu texto, vedando qualquer interpretação que reduza ou suprima a proteção dos direitos humanos contemplada na Convenção, no direito interno, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem ou em atos internacionais de igual natureza.

Portanto, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos internalizam-se no Brasil, com nível de normas constitucionais ou supralegais, o "diálogo das fontes" passa a nortear a solução de antinomias

---

[144] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. **Revista da AJURIS**. Ano XXXVI. n. 113. mar/2009. p. 347.

[145] Artigo 29 - Normas de interpretação
Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:
a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

entre o direito interno e o direito internacional.[146] Esse diálogo não pressupõe a prevalência automática da ordem internacional ou da ordem interna, mas sim a prevalência da norma mais benéfica aos direitos da pessoa humana envolvida.

O exercício do controle de convencionalidade dispensa a criação de mecanismos próprios, porquanto se apropria dos instrumentos do controle de constitucionalidade existentes, nos modelos difuso e concentrado.

Isso significa que, no caso do modelo difuso, o juiz ou tribunal exercerá os controles de constitucionalidade, de convencionalidade e de legalidade, a depender da natureza do ato impugnado (ato infraconstitucional ou infralegal) e do parâmetro normativo invocado (norma de *status* constitucional, tratados internacionais sobre direitos humanos de *status* supralegal e lei). No caso do modelo concentrado, o Supremo Tribunal Federal exercerá os controles de constitucionalidade e de convencionalidade, a depender do parâmetro normativo invocado (norma de *status* constitucional ou tratado internacional sobre direitos humanos de *status* supralegal).[147]

4.1 Direitos fundamentais explícitos e implícitos – controle de constitucionalidade

Os direitos e garantias fundamentais explícitos são aqueles positivados no texto da Constituição. Embora constem em sua maioria no Título II, que trata dos direitos e garantias individuais e coletivos e dos direitos sociais, de nacionalidade e políticos, há outros direitos fundamentais expressamente consagrados ao longo do texto constitucional.

Essa interpretação foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 939, quando reconheceu que o princípio da anterioridade

---

[146] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 129.

[147] Valerio de Oliveira Mazzuoli afirma que o controle de convencionalidade difuso existe no ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da Constituição de 1988 e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Já o controle de convencionalidade concentrado nasceu apenas com a promulgação da EC n. 45, de 2004. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. **Revista da AJURIS**. Ano XXXVI. n. 113. mar/2009. p. 357.

tributária, previsto no art. 150, inc. III, alínea b, da Constituição, constitui uma garantia individual dotada de fundamentalidade.[148] O direito à proteção do meio ambiente, previsto no art. 225 da CF, também foi reconhecido como fundamental no julgamento do RE n. 134.297-8/SP.

Por sua vez, direitos fundamentais implícitos são aqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Embora sejam direitos de difícil caracterização *a priori*, o regime democrático e os princípios fundamentais insculpidos no Título I da Constituição, em especial a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), constituem um parâmetro normativo para a definição dessa categoria de direitos fundamentais.

A violação de direitos fundamentais explícitos e implícitos sujeita os atos do poder público e dos particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) ao controle de constitucionalidade, nas modalidades concentrada ou difusa.

---

[148] EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originaria, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precipua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no paragrafo 2. **Desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutaveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição)**; 2. - o princípio da imunidade tributaria recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I,e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos politicos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistencia social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periodicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequencia, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidencia do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. (ADI 939, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755)

4.2 Direitos humanos protegidos por tratados internacionais – controle de constitucionalidade versus controle de convencionalidade

Como esclarecido anteriormente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos assumem diferentes graus hierárquicos no ordenamento jurídico brasileiro, a depender do procedimento de sua aprovação no Congresso Nacional. Quando aprovados pelo rito das emendas constitucionais, equiparam-se a essa espécie de ato legislativo e, portanto, adquirem estatura constitucional (art. 5º, § 3º, da CF). Quando aprovados por maioria simples, adquirem estatura supralegal.

Nas hipóteses em que o tratado internacional sobre direitos humanos possui hierarquia constitucional, suas normas tornam-se parâmetro para o controle jurisdicional de constitucionalidade, uma vez que o disposto no art. 5º, § 3º, da Constituição atribui-lhes a mesma força normativa formal e material das emendas constitucionais.

Quando o tratado internacional sobre direitos humanos possui hierarquia supralegal, torna-se parâmetro para o controle jurisdicional de convencionalidade.

Há que se ressaltar, não obstante, que o controle de convencionalidade foi introduzido no Brasil pelo Professor Valério de Oliveira Mazzuoli, em termos distintos do proposto no presente trabalho. Para esse autor, os tratados internacionais sobre direitos humanos podem ter estatura materialmente constitucional, em face do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, ou estatura material e formalmente constitucional, em face do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição.

O juízo de convencionalidade por ele proposto tem como premissa basilar a hierarquia constitucional (ao menos no plano material) dos tratados sobre direitos humanos, circunstância que os torna parâmetro de validade para a produção infraconstitucional de modo complementar ao controle de constitucionalidade.

Ainda que respeitáveis os argumentos trazidos pelo Professor, essa posição hierárquica nas normas internacionais sobre direitos humanos não é acolhida pela jurisprudência e pela doutrina constitucionais brasileira, as quais atribuem hierarquia constitucional apenas aos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados segundo o rito das emendas constitucionais. Esse aspecto, por si só, inviabilizaria a adoção do controle de convencionalidade no atual estágio de proteção dos direitos humanos em nosso ordenamento jurídico.

Além disso, o reconhecimento do *status* de norma material e formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos torna-os parâmetro normativo para o controle de constitucionalidade, tornando inócua a previsão de um juízo complementar de convencionalidade.

Portanto, e em conformidade com a nossa jurisprudência constitucional, tem-se como mais acertada a compreensão de que o controle de convencionalidade tem como parâmetro normativo exclusivamente os tratados internacionais sobre direitos humanos de hierarquia supralegal. Em contrapartida, sempre que o parâmetro normativo possuir hierarquia constitucional, independentemente de se tratar de norma constitucional ou de tratado internacional sobre direitos humanos (art. 5º, § 3º, da CF), caberá o controle de constitucionalidade.

O reconhecimento da incompatibilidade formal ou material da norma infraconstitucional com a normal constitucional implica, como regra, a declaração de sua nulidade *ipso jure*, com eficácia *ex tunc*. É possível, contudo, que a declaração de nulidade seja parcial, bem como que os seus efeitos sejam modulados no tempo (efeitos *ex nunc* ou prospectivos), a critério do Supremo Tribunal Federal, nos termos da Lei n. 9.868/99.

No âmbito do controle de convencionalidade, a contrariedade da norma infraconstitucional com o tratado internacional sobre direitos humanos de caráter supralegal também acarretará sua invalidade, ainda que a vigência da

norma permaneça inalterada em face da sua compatibilidade com o texto constitucional.[149]

Mas a invalidade decorrente da inconvencionalidade da norma infraconstitucional implicará a sua não-aplicação (ineficácia) pelo Poder Judiciário, estabelecendo-se um “diálogo das fontes” que obriga o magistrado a compreender a lógica da dupla compatibilidade vertical material,[150] solucionando as antinominas entre o direito interno e o direito internacional de forma a melhor promover os direitos humanos.

Embora sem utilizar a nomenclatura do controle de convencionalidade, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a dupla compatibilidade vertical material no julgamento do RE n. 466.343-1/SP, quando acolheu a tese da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Naquela decisão, O Min. Gilmar Mendes ressaltou que o caráter supralegal desses pactos têm o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante. Significa que as normas infraconstitucionais permanecerão vigentes, mas inaplicáveis, enquanto não alterado ou denunciado o parâmetro supralegal de validade.

Nessa decisão, a Suprema Corte demonstrou claramente a possibilidade de atuação complementar das ordens jurídicas interna e internacional, no sentido de melhor promover os direitos humanos no caso concreto submetido a julgamento. Isso porque, a despeito da permissão constitucional de prisão civil por dívida no caso de infidelidade do depositário (art. 5º, inc. LXVII, da CF), decidiu-se pela aplicação ao caso do disposto no art. 7º, n. 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica),[151] norma de estatura supralegal, a qual expressamente veda qualquer hipótese de prisão civil por dívida, à exceção do inadimplemento de obrigação alimentar.

---

[149] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. **Revista da AJURIS**. Ano XXXVI. n. 113. mar/2009. p. 357-358.
[150] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. **Revista da AJURIS**. Ano XXXVI. n. 113. mar/2009. p. 358.
[151] Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal
(...)
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Ressalte-se que, à semelhança do controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade também poderá ser exercido preventivamente pelo Congresso Nacional, quando da análise pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ou pelo Presidente da República, por meio do veto jurídico.

5. O controle de convencionalidade na jurisdição internacional

Até o momento, tratou-se do controle jurisdicional de convencionalidade exercido no âmbito da ordem jurídica interna, pelas diferentes instâncias do Poder Judiciário. Não obstante, segundo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, especialmente o sistema interamericano, o controle de convencionalidade pode ser exercido pela jurisdição internacional reconhecida pelo Estado, em face de normas internas infraconstitucionais, a fim de compatibilizá-las com o sistema de multiproteção dos direitos humanos.

Para o Estado Brasileiro, interessa especialmente a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Embora a adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) tenha ocorrido em 1992, por meio do Decreto n. 678, somente em 1998 o Brasil reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da aprovação do Decreto Legislativo n. 89. A promulgação do instrumento ocorreu em 2002, por meio do Decreto Presidencial n. 4.463.

A Corte Interamericana é um órgão integrante da Organização dos Estados Americanos (OEA) e possui autoridade para, no âmbito consultivo ou contencioso, decidir sobre a interpretação e a aplicação da Convenção Americana e de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.[152]

---

[152] Conforme decidido pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, na opinião consultiva OC-1/82, sua competência interpretativa estende-se a toda a disposição concernente à proteção dos direitos humanos de qualquer tratado ou convenção internacional, independentemente de serem esses bilaterais ou multilaterais, do seu objeto e de os Estados-partes não integrarem o sistema interamericano. In: VOLIO, Lorena González. La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de su jurisprudencia y su nuevo

No exercício da competência consultiva, a Convenção assegura à Corte a faculdade de ser consultada sobre a interpretação da própria Convenção ou de outros tratados, possuindo a sua decisão caráter obrigatório ao Estado consulente (art. 64.1). Da mesma forma, é facultado à Corte emitir opinião sobre a compatibilidade de leis ou projetos de leis nacionais em face de obrigações assumidas pelo Estado em matéria de direitos humanos (art. 64.2), consagrando uma espécie de controle preventivo de convencionalidade, o qual também possui um efeito jurídico importante ao Estado consulente, em face da sua obrigação de ajustar a legislação interna para tornar efetivos os direitos e liberdades assegurados na Convenção (art. 2º).[153]

No exercício de sua competência contenciosa, a Corte julga os casos de violação de direitos humanos à luz da Convenção e dos tratados internacionais sobre a matéria, proferindo decisões com força jurídica vinculante e obrigatória, que compreendem tanto a determinação de que o Estado condenado assegure o cumprimento do direito violado quanto o pagamento de indenização.[154]

Os membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), ao reconhecerem a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, comprometem-se a cumprir as suas decisões em todos os casos em que sejam partes.[155] Ademais, o próprio art. 68, inciso 2, da Convenção Americana

---

reglamento. **Os rumos do direito internacional dos direitos humanos:** ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Coord. Renato Z. Ribeiro. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris. 2005. p. 277.

[153] VOLIO, Lorena González. La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de su jurisprudencia y su nuevo reglamento. **Os rumos do direito internacional dos direitos humanos:** ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Coord. Renato Z. Ribeiro. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris. 2005. p. 280.

[154] PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público do Dist. Fed. Territ.**, Brasília, Ano 8, V.15. jan./jun. 2000. p. 107. Eis, a respeito, o texto da Convenção: Artigo 63 - 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. 2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

[155] Artigo 62 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar

estabelece que as sentenças da Corte são passíveis de execução nos tribunais nacionais, segundo disposição da legislação interna.[156]

As competências jurisdicionais da Corte Interamericana, no âmbito consultivo ou contencioso, são amplas e lhe asseguram o pleno exercício do controle de convencionalidade das normas internas em face das normas internacionais sobre direitos humanos. No caso Suárez Rosero, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que o art. 114 do Código Penal equatoriano, ao privar os acusados de tráfico ilegal de entorpecentes da garantia da razoável duração do processo, violou o art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nessa decisão, a Corte analisou, em abstrato, a compatibilidade do texto legal em face da Convenção, responsabilizando o Estado pelos seus atos legislativos, ainda que não se verificasse qualquer violação concreta de direitos humanos.[157]

No julgamento do caso Barrios Altos Vs. Peru, em 2001, a Corte reconheceu a responsabilidade do Estado peruano por violação dos direitos humanos e declarou que as Leis de Anistia são incompatíveis com a Convenção Americana, não produzindo efeitos jurídicos. Mediante interpretação da própria Corte, sua decisão produziu efeitos não somente às

---

que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

[156] Artigo 68 - 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

[157] RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos e responsabilidade internacional. **Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo**. Coord. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. Rio de Janeiro : Renovar, 2008. p. 608.

vítimas do caso Barrios Altos, mas a todos os casos de violações de direitos humanos para os quais foram aplicadas as Leis de Anistia declaradas nulas.[158]

Também exercendo o controle de convencionalidade, mas em face de norma constitucional, no julgamento do caso A última tentação de Cristo Vs. Chile, em 2001, a Corte Interamericana entendeu que a responsabilidade internacional de um Estado pode decorrer de ações ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos, independentemente de sua hierarquia, inclusive em face da edição de normas constitucionais.[159]

Nessa decisão, a Corte reconheceu que o controle de convencionalidade estende-se às normas constitucionais dos Estados, não se restringindo apenas às normas infraconstitucionais. Introduziu-se, assim, a possibilidade de normas constitucionais inconvencionais, à semelhança das normas constitucionais inconstitucionais (decorrentes de emendas constitucionais).

6. Os conflitos entre o controle de convencionalidade na jurisdição internacional e os controles de constitucionalidade ou convencionalidade na jurisdição interna

O sistema de multiproteção dos direitos humanos tem como propósito a atuação complementar das ordens interna e internacional, extirpando possíveis conflitos entre as atividades normativa e jurisdicional.

Não obstante, a existência de diferentes instâncias de proteção dos direitos humanos pode suscitar problemas de validade e de eficácia das decisões judiciais internacionais no âmbito da ordem jurídica nacional. O problema possui um viés teórico, relacionado à definição de qual decisão

---

[158] VOLIO, Lorena González. La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de su jurisprudencia y su nuevo reglamento. **Os rumos do direito internacional dos direitos humanos:** ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Coord. Renato Z. Ribeiro. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 320.
[159] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 119.

judicial deve prevalecer, e um viés prático, relacionado à exequibilidade dessa decisão.

Diante do atual sistema de multiproteção da pessoa humana, as jurisdições nacionais deixam de ser soberanas no julgamento dos casos que envolvem violações de direitos humanos desde o momento em que, voluntariamente, aderem a tratados ou convenções internacionais e se submetem à jurisdição de Cortes internacionais.

Para o caso brasileiro, interessa especialmente o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, de âmbito regional, em face do qual a República Federativa do Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos e à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assumindo, de boa-fé, o compromisso de fazer cumprir as normas convencionais e as sentenças internacionais, em prol de uma proteção mais ampla e efetiva dos direitos humanos.

A jurisdição da Corte Interamericana torna-se obrigatória e vinculante aos Estados que a reconhecem, de modo que o cumprimento de suas sentenças não se constitui em mera faculdade, mas em obrigação internacional, passível de responsabilização em caso de descumprimento.

Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro possua amplo conjunto normativo voltado ao resguardo da pessoa humana, não se pode negar que, em tese, a violação de direitos e liberdades fundamentais pode resultar de qualquer ato do poder público, inclusive de uma decisão judicial transitada em julgado, proferida por qualquer das instâncias do Poder Judiciário, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.[160]

Nesse sentido, a defesa da soberania da jurisdição nacional, em toda e qualquer circunstância, vulnera a posição privilegiada dos direitos humanos, finalidade última do sistema de multiproteção.

Há que se ressaltar, ademais, que o signatário da Convenção Americana é o Estado, como pessoa jurídica de direito internacional, e não o Poder

---

[160] MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional**: uma análise crítica. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000. p. 100.

Executivo ou qualquer dos outros poderes. É verdade que, no caso brasileiro, a conclusão de tratados internacionais exige um ato complexo, em que a vontade do Presidente da República (assinatura) deve se somar à vontade do Congresso Nacional (decreto legislativo), estabelecendo-se uma espécie de colaboração entre esses Poderes.[161] Posteriormente, faz-se necessária a ratificação pelo Presidente da República, com a troca ou depósito dos instrumentos de ratificação, e a promulgação da norma internacional por meio de decreto presidencial.

Não obstante, o compromisso internacionalmente assumido recai sobre o Estado, como um todo, obrigando, no plano interno, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Portanto, uma vez notificado de uma sentença da Corte Interamericana, o Estado brasileiro tem o dever de cumpri-la imediatamente, observando o processo de cumprimento de sentença previsto na sua legislação processual (art. 68, 1 e 2, da Convenção Americana). As sentenças podem determinar ao Estado uma obrigação de fazer ou de não fazer ou uma obrigação de pagar, conforme for a natureza da violação de direitos humanos.

Por se tratar de sentença internacional proferida por Corte internacional com jurisdição sobre o Estado brasileiro, não se há falar em homologação de sentença estrangeira, nos termos do art. 105, inc. I, alínea i, da Constituição. A sentença internacional, ainda que não proveniente de autoridade judiciária nacional, é ato judicial emanado de órgão judiciário internacional de que o Estado destinatário faz parte, seja porque reconheceu sua jurisdição como obrigatória, seja porque, em acordo especial, aceitou submeter a solução de determinada controvérsia a um organismo internacional. Diferentemente, a sentença estrangeira é ato judicial emanado de autoridade judiciária de outro Estado, a qual, para ser executado em território nacional, deve contar com aprovação oficial. Também será sentença estrangeira aquela proferida por

---

[161] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9ª ed. São Paulo : Saraiva, 2008. p. 50.

tribunal internacional em face do qual o Estado não tenha reconhecido a jurisdição, nem mesmo para uma controvérsia específica.[162]

A despeito da obrigatoriedade da jurisdição da Corte Interamericana, tampouco se pretende defender a sua supremacia em face da jurisdição nacional, em toda e qualquer situação. O cânone hermenêutico, em matéria de direitos fundamentais, é sempre a aplicação do ato normativo ou judicial que mais efetivamente resguarde a esfera de direitos da pessoa humana.

Desse modo, no conflito entre as jurisdições nacional e internacional, prevalecerá aquela que, no caso concreto, melhor proteja os direitos e liberdades fundamentais das pessoas envolvidas. Essa solução, mais consentânea com o sistema de multiproteção dos direitos humanos, evitará a responsabilização internacional do Estado.

Conclusão

A evolução do direito internacional, no sentido de consolidar um sistema de multiproteção dos direitos humanos nos planos universal, regional e estatal, tem como finalidade a ampliação e o fortalecimento da esfera de direitos da pessoa humana.

Nesse sentido, a maior efetividade dessas instâncias normativas e jurisdicionais dependerá das suas atuações complementares, sem uma hierarquia *a priori* estabelecida entre as ordens interna e internacional, no sentido de assegurar, num caso determinado, a prevalência do direito ou da jurisdição que melhor assegure o respeito aos direitos humanos dos envolvidos.

Essa compreensão, sem dúvida, vulnera o conceito tradicional de soberania estatal, especialmente em matéria jurisdicional. Contudo, os Estados devem abandonar a postura seletiva, e por vezes contraditória, na proteção dos direitos humanos como direitos universais e indivisíveis.

---

[162] MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional**: uma análise crítica. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000. p. 102-103.

O reconhecimento da obrigatoriedade das normas e da jurisdição internacionais é um passo importante na humanização das razões de Estado, mas há um longo caminho para que a proteção dos direitos humanos assuma centralidade como política de Estado.

Os direitos e liberdades fundamentais são fruto de uma construção histórica, permeada por avanços e retrocessos. O Estado brasileiro apresentou progressos significativos com a promulgação da Constituição de 1988, ao estabelecer extenso rol de direitos e garantias fundamentais, com a adesão a diversos tratados e convenções internacionais de proteção dos direitos humanos, com o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a introdução do § 3º ao art. 5º do texto constitucional e com o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, do *status* de supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados por maioria simples no Congresso Nacional.

Em futuro próximo, o Supremo Tribunal Federal terá que julgar os embargos de declaração opostos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face do julgamento proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, que reconheceu a recepção da Lei de Anistia (Lei n. 6.683/79) pela Constituição de 1988. Nessa oportunidade, enfrentará o conflito entre a jurisdição nacional e a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, no julgamento do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), declarou a incompatibilidade das leis de anistia com o direito internacional de proteção aos direitos humanos, condenando o Estado brasileiro a investigar e a punir os agentes públicos que atentaram contra direitos e liberdades fundamentais no episódio conhecido como Guerrilha do Araguaia.

Trata-se de uma importante oportunidade para que a Suprema Corte consolide a tendência contemporânea de complementaridade dos distintos níveis de proteção dos direitos humanos, fazendo prevalecer as normas e a jurisdição que, no caso concreto, melhor resguardam os direitos humanos das pessoas envolvidas.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Coord. Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. Rio de Janeiro : Renovar, 2008. p. 185-208.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra : Edições Almedina, 2000.

MAGALHÃES, José Carlos de. O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3ª ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 2ª Ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

___ O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

___ Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. Revista da AJURIS. Ano XXXVI. n. 113. mar/2009. p. 333-370.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. A justiça constitucional nos contextos supranacionais. Direito Público. Ano II. n. 8. Abr-maio-jun/2005. p. 55-91.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público do Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 8, V.15. jan./jun. 2000. p. 93-110.

___ A justicialização do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. I – nº 4, p. 35-50 – jul./set. 2002.

___ Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9ª ed. São Paulo : Saraiva, 2008.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos e responsabilidade internacional. Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo. Coord. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. Rio de Janeiro : Renovar, 2008. p. 595-620.

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos. Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo. Coord. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. Rio de Janeiro : Renovar, 2008. p. 803-844.

VOLIO, Lorena González. La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de su jurisprudencia y su nuevo reglamento. Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Coord. Renato Z. Ribeiro. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 267-322.

TEORIA DEMOCRÁTICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: MATERIALIZAÇÃO DE MECANISMOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO EXERCÍCIO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE.

Isabela Do Rosário Lisboa Martins

Introdução

Na transição do Estado Absolutista para o Liberal, uma das características mais marcantes foi a separação dos poderes, revelando-se essencial sobretudo para proteger o cidadão face as arbitrariedades na atuação de um Poder em campo de competência de outro. A Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, adotada pelo Estado Liberal objetivava dividir o poder entre a burguesia, nobreza e realeza, afastando assim, a possibilidade da burguesia em crescimento ser a única detentora do poder.

Posteriormente, já no Estado de Direito, com o conceito de *direito subjetivo público*, o cidadão, titular do direito, passou a ter livremente a faculdade de exigi-lo (*facultas agendi)* em desfavor do Estado, sendo a partir daí, peça fundamental na regulação da atividade política. Tal panorama não era previsto no Absolutismo, no qual o direito subjetivo só ganhava espaço quando o cidadão se relacionava com outro cidadão, horizontalmente, mas não em face do Estado.

Ao lado dos direitos subjetivos materiais, erigem-se as chamadas garantias fundamentais, também chamadas de direitos subjetivos processuais, visando, efetivamente, assegurar os direitos substantivos do cidadão.

No entanto, a igualdade tão somente formal aplicada e ainda, o absenteísmo do Estado Liberal face às questões sociais apenas serviram para

expandir o capitalismo, agravando a situação da classe trabalhadora, que passava a viver sob condições cada vez mais desfavoráveis.

A evolução histórica, agravada pela eclosão da Revolução Industrial, que submetia o proletário a condições de trabalho degradantes, destacou uma postura alheia do estado com o anseio social, e teve como expoente a Revolução Russa de 1917, que, dentre outros objetivos, conduziu os trabalhadores a se organizarem com o objetivo de resistir à exploração. Esse movimento propunha uma ruptura violenta do Estado Liberal, devido à grande adesão de operários do ocidente europeu.

A reação imediata burguesa, nesse contexto, foi a de adotar mecanismos que afastassem os trabalhadores da opção revolucionária. Daí o incremento daquela classe para o surgimento do chamado Estado Social, com características como a intervenção do Estado na economia, aplicação do princípio da igualdade material e realização da justiça social. Com o objetivo de acabar com uma postura absenteísta do estado, e por consequência, buscando o intervencionismo estatal no campo econômico e social, os capitalistas viram-se obrigados a incrementar o conceito de igualdade formal, presente no Estado Liberal (que na prática apenas contribuiu para o aumento das distorções econômicas) com o significado de igualdade material, que almejava de maneira mais abrangente, atingir a justiça social.

Segundo Paulo Bonavides, o Estado Social não atendia efetivamente aos anseios democráticos, pois ele se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo.

Surge, então, o Estado Democrático de Direito, trazendo consigo a junção dos ideais do Estado Democrático com as diretrizes do Estado de Direito, tendo em vista que formam uma forte relação de interdependência.

No ordenamento pátrio, o Estado Democrático de Direito, proclamado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, busca garantir a participação popular no processo político, com o estabelecimento de uma sociedade livre, justa e solidária na qual todo o poder emana do povo, diretamente ou por representantes eleitos, respeitando a pluralidade de ideias,

culturas e etnias, e considerando o princípio da Soberania Popular como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Nesses termos, em um Estado Democrático de Direito, tanto na criação quanto na aplicação das leis deve haver a observância constante à posição de supremacia da constituição. Assim, nos dizeres de José Afonso da Silva , reputado por Pinto Ferreira como

> (...) ' pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político', ' significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos (...)"(SILVA, José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo, p. 47 e 49)

Assim, desse princípio, continua o mestre:

> (...) resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam comon fundamento de validade das inferiores." (SILVA, José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo, p. 47 e 49)

Desta forma, haja vista a posição da Constituição- no ápice da pirâmide, necessário se faz o controle de constitucionalidade judicial nos casos em que, por razões formal ou materialmente dissonantes ao diploma maior[163], a racionalidade do direito não é *in totum* observada.

---

[163] A compreensão de um parâmetro de constitucionalidade ampliado (bloco de constitucionalidade) vem sendo explorada no Supremo Tribunal Federal, razão pela qual colacionamos trecho de julgado em cujo teor o Min. Celso de Mello registrou relatoria: "(...) não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar- que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual." (RTJ 71/289, 292 e 77/657)- Inf. 258 STF).

2. Do controle de constitucionalidade como via garantidora da democracia. Visões dissonantes:

Embora seja de grande aceitação o fato de o controle de constitucionalidade pelo judiciário apresentar-se como uma via que assegura a democracia na elaboração das leis e a coerência dos ditames constitucionais perante o ato impugnado, controvérsias existem quanto à sua legitimação e interferência na função do poder legislativo.

Para Weber, todos os conteúdos jurídicos remetem a valores, os quais ancoram em formas de vida tradicionais e, portanto, a uma vida ética, cuja racionalidade não pode ser apresentada. Assim, no controle pelo judiciário, merece cuidado a questão da chamada materialização do direito, que implica numa perda de racionalidade, já que tende a se perder o caráter próprio da racionalidade do direito, qual seja, a sua formalidade.

Para o autor, a problemática da materialização do direito[164] tende a agravar-se quando tal fenômeno ocorre via judicial- nesses casos, a materialização designa a crescente consideração dos aspectos extra jurídicos nos processos de decisão jurídica, como por exemplo, critérios econômicos, sociológicos e éticos, implicando em um processo distanciado do racionalismo jurídico puramente formal que visa os elementos de impacto de efeitos e fins obtidos pela ação jurídica e pela adaptação aos casos concretos.

Já Ronald Dworkin deixa claro, em sua obra *Justice for Hedjehogs,* que, embora não seja completamente adepto ao princípio majoritário[165]. - o princípio de que afirma que numa sociedade, nos casos de questões passíveis de discordância, e que tenham de ser feitas em nome de todos eles, o modo mais

---

[164] Para Weber, as demandas por justiça material, ao serem introduzidas ao médium do direito, destroem sua racionalidade formal. Weber comprova sua tese, utilizando principalmente exemplos do direito liberal privado, cuja função era garantir, através das leis públicas, abstratas e gerais, a vida, a liberdade e a propriedade dos sujeitos de direito que celebram acordos.

[165] Dworkin diz que acredita na democracia, mas ele não é entusiasta de qualquer versão de democracia definida pela utilização de decisão da maioria. Para ele, qualquer definição como tal envolve uma "visão bruto estatística" da democracia.

justo para proceder é pelo voto, acredita[166] o autor que a *judicial review* é perfeitamente compatível com a democracia, mas é claro, isso não é porque juízes usam o principio da decisão majoritária. [167]

Entretanto, para Waldron, é no controle de constitucionalidade de normas que se pode verificar a concorrência das competências entre o judiciário e o legislativo. No controle abstrato das normas, por exemplo, para verificar se uma lei decidida pelo parlamento é conforme a constituição, ela é submetida a reexame judicial- o que feriria a tripartição dos poderes, vez que é o legislativo, o originário representante do povo para a elaboração das leis.

Waldron expõe a conveniência democrática em torno da atuação do Poder Judiciário ao impugnar uma lei votada pelo Poder Legislativo, reconhecendo-se que este goza de legitimidade democrática e, através de uma decisão majoritária, garantiria o autogoverno popular. Como juízes não são eleitos, o controle jurisdicional de constitucionalidade atentaria fatalmente contra a democracia.

Tais divergências doutrinárias denotam que a fiscalização abstrata de constitucionalidade sempre se inseriu de forma tensa no âmbito da teoria democrática, pois, via de regra, tem como resultado a rejeição de ato advindo de um poder eleito, e ainda mais, essa rejeição é levada a efeito por um poder sem representatividade popular- daí, como visto, para muitos autores, é patente o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional.

No entanto, por outro lado, é patente que a jurisdição constitucional tem um papel muito relevante na concretização dos direitos fundamentais- além de

---

[166] O pensamento de Dworkin é justificado pela compreensão da concepção constitucional de democracia do autor, momento em que convém se considerar diversos conceitos desenvolvidos por ele, tais como: argumentos de princípio e de política; concepção estatística e comunal de ação coletiva; democracia constitucional e concepção separada e dependente de democracia; igualdade de impacto e de influência e, princípios que constituem as condições democráticas, consistentes na participação dos indivíduos na decisão coletiva, na igual consideração e respeito entre os membros da comunidade e na independência moral deles.

[167] Jeremy Waldron contradita Dworkin, argumentando que o princípio da decisão majoritária é usado em todos os tipos de contextos, incluindo contextos em que as decisões que afetam a vida de milhões de pessoas são feitas por poucos. Juízes o utilizam, por exemplo, quando discordam entre si se para derrubar a legislação (declará-la inconstitucional). Muitos exercícios da *judicial review*, especialmente nos Estados Unidos, são feitos por juízes sobre a votação da Suprema Corte por margens 5-4 ou 6-3.

atuar como uma espécie de árbitro, que fiscaliza se os outros poderes estão de fato aplicando a constituição e conferindo aplicabilidade aos direitos fundamentais. Ou seja: nos casos em que uma postura do Executivo ou do Legislativo viole a Constituição, o Judiciário tem o poder de invalidá-la. Ou ainda, na hipótese em que a inércia executiva ou legislativa viole a Constituição, tem o Judiciário a possibilidade de concretizar a imposição constitucional.

Assim, como a democracia não se reduz ao mero procedimento democrático de escolha dos representantes, mas depende também da efetivação de certos direitos fundamentais que atuam como condições de procedibilidade para o próprio debate democrático, a atuação do Judiciário na concretização desses direitos pode ser conciliada ao argumento democrático.[168]

Entretanto, com o incremento da atuação jurisdicional no estado constitucional brasileiro, vários mecanismos tem sido buscados para democratizar a jurisdição constitucional, buscando maior compatibilidade com a teoria democrática.

Jurisdição Constitucional e Teoria Democrática- desafios da democratização na fiscalização de constitucionalidade.

No Brasil, o controle difuso teve registro na Constituição de 1891[169]. A partir da Constituição Republicana de 1891, sob a influência do direito norte-americano, consagrou-se no direito brasileiro (mantida até a Constituição de 1988), a técnica de controle de constitucionalidade de lei ou ato com indiscutível caráter normativo (desde que infraconstitucionais), por qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência e organização judiciária.

[168] O tema é deveras complexo, e neste trabalho, não é intenção problematizar todos os pontos prováveis no debate democracia vs. jurisdição constitucional. Mesmo porque essa tensão talvez nunca seja apaziguada de forma definitiva, ou talvez nem se pretenda que o seja, na medida em que essa tensão é constitutiva do Estado Democrático de Direito

[169] No entanto, antes mesmo da Constituição de 1891, o artigo 58, § 1º, a e b, da Constituição Provisória de 1890 (DEc. N. 510, de 22.06.1890) e o Decreto n. 848, de 11.10.1890, já estabeleciam regras de controle difuso inspiradas no *judicial review* do direito norte americano.

Porém, o entendimento do controle concreto sempre foi mais compreensível no âmbito da teoria democrática, principalmente por conta dos seus efeitos- *inter partes* e, em princípio, não vinculantes.

A problemática que oferecia maior desafio tinha lugar no conceito de fiscalização abstrata, que via de regra, resulta decisão com efeitos *erga omnes* e vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração.

O controle abstrato surgiu no direito brasileiro com a Emenda Constitucional nº 16/65. Inicialmente, veio consagrado de forma tímida, vez que o único legitimado para a propositura era o Procurador Geral da República. De acordo com o esposado por Ives Gandra Martins e Gilmar Mendes, a Emenda nº 16/65 instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais, possibilitando assim a análise de lei ou ato normativo em face da Constituição independentemente de um caso concreto *sub examem.*

Essa Emenda permitiu que os Tribunais de Justiça, quando da análise dos preceitos das constituições estaduais respectivas, também pudessem declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais em conflitos com as Constituições Estaduais.

E dessa forma, incipiente de manifestação da fiscalização, o estado brasileiro evoluiu, na Constituição de 1988, a uma alteração significativa que coloca o controle abstrato em razão de preponderância em relação ao controle difuso. Deve-se assinalar que no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil - segundo Gilmar Ferreira Mendes, afigura-se como inquestionável a ampla predominância do controle judicial de constitucionalidade, e particularmente, do modelo de controle concentrado.

Mecanismos vetores da democratização do controle de constitucionalidade abstrato na realidade brasileira

3.1.1. Ampliação do rol de legitimados ativos

A Constituição de 1988, imbuída de espírito democrático, igualitário e pluralista, trouxe consigo algumas inovações que reforçaram o caráter democrático do ordenamento brasileiro. A antiga representação de inconstitucionalidade, de propositura exclusiva do Procurador Geral da República, passou ao *status* de ação de inconstitucionalidade. Além disso, foi expandido o campo material da Ação Direta de Inconstitucionalidade, englobando mais categorias de atos normativos. Também, houve com isso, a ampliação do rol de legitimados ativos[170].

No entanto, apesar da preocupação com a ampliação do debate constitucional, não se chegou a configurar a Ação Direta de Inconstitucionalidade como uma espécie de ação popular de controle de constitucionalidade. Para grande parte da doutrina e em consonância à mensagem de veto nº 1807/99[171] (O artigo 2º, II da Lei 9.882/99 previa a iniciativa da ADPF facultada a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do

---

[170] " I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; II - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)VI - o Procurador-Geral da República;VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional." (Constituição Federal, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

[171] O artigo 2º, II previa a iniciativa da ADPF facultada a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. "A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das argüições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais." (Mensagem de veto nº 1.807/99- disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm)

Poder Público), não há demanda para uma ação popular nestes termos, haja vista que os mecanismos de controle difuso já suprem essa lacuna.

O incremento das demandas aforadas perante o Supremo Tribunal Federal contribuiu para um aumento significativo no volume dos pleitos de mesma espécie naquele tribunal. Para contornar esse efeito, o Tribunal criou alguns instrumentos, como a exigência de pertinência temática, entre as finalidades estatutárias da instituição, por exemplo, e o conteúdo da norma impugnada- e daí a já conhecida diferença entre legitimados especiais e legitimados universais.

O conjunto de legitimados ativos- especiais e universais- representa a outorga do direito de desencadear o controle abstrato de constitucionalidade a órgãos de diferentes setores sociais, possibilitando que tanto representantes do poder público quanto entidades mais próximas do cidadão possam se mobilizar. Nesse sentido, a legitimidade ativa ampliada tornou-se mais acessível, na jurisdição constitucional, ao cidadão ou a determinados segmentos da sociedade.

3.1.2 O advento do amicus curiae

Outra forma de democratização do controle abstrato de constitucionalidade é a consideração da figura do *amicus curiae.* Além do legitimado ativo, o questionamento da constitucionalidade de determinado ato normativo perante o Supremo Tribunal Federal contará também com as razões apresentadas pelo Procurador Geral da República, o Advogado Geral da União e o órgão que produziu o ato normativo.

Ressalte-se que, apesar de o artigo 7º, caput da Lei 9868/99 vedar a intervenção de terceiros nos processos de ação direta (por ser um processo de natureza objetiva), o seu parágrafo 2º consagra, excepcionalmente, a intervenção de quaisquer órgãos ou entidades no processo. A intervenção, condicionada à relevância da matéria discutida e à representatividade do

postulante, caminha na esteira de que todos somos intérpretes da Constituição[172].

Com a figura do *amicus curiae*, há um aperfeiçoamento no sistema, que favorece sua democratização- o processo é enriquecido com outros elementos informativos que visam robustecer a análise judicial. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolida a importância desse instrumento na solução de lides que, não raras vezes, trazem questões de grande complexidade, demandando análise minuciosa.

Tanto a Lei 9.868/99 quanto a Lei 9.882/99 positivam o *amicus curiae,* porém, sem fazer referência ao instituto com essa nomenclatura[173]. Ao observar os dispositivos que cuidam da matéria de participação de sociedade civil organizada, logo se pode concluir um divisor comum para os três tipos de ações de controle abstrato de constitucionalidade: cabe ao relator, e somente a ele, em última análise decidir sobre a possibilidade de entrada de terceiros estranhos ao processo.

O Supremo Tribunal Federal entende que o pedido de admissão no feito deve ser formulado no mesmo prazo que dispõem as autoridades de onde emanou o ato impugnado, para prestar informações. Não obstante, admite-se a intervenção fora do prazo, tendo em vista a relevância do caso ou a notória contribuição para o deslinde da causa.

---

[172] "Além, sabe-se que a Constituição se encontra em constante processo de legitimação social, haja vista que, em uma sociedade aberta, a Constituição deve obediência aos fatores sociais que determinam sua legitimação constantemente, adequando-se a ela para alcançar a plena efetividade." (HÄBERLE, 1997)

[173] "A falta de uma norma jurídica que reconheça essa figura no direito brasileiro, de forma expressa, assim, é o que menos importa. Se o juiz é agente do Estado, se o processo deriva do modelo político do Estado, se o juiz, diante do fato, deve decidir, não há como deixar de destacar que haja – que possa haver, pelo menos – alguém, um "sujeito processual", que haja nesse plano, acrescentado ao debate jurisdicional valores dispersos no próprio Estado ou na sociedade civil". Cássio Scarpinella Bueno, Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro Um terceiro enigmático, pp. 80-81.

3.1.3 Realização de Audiências Públicas

A possibilidade de oitiva da sociedade civil em processos de fiscalização abstrata está prevista tanto na lei 9.868/99 quanto na lei 9.882/99- assim, o método hermenêutico clássico de simples confronto da norma constitucional-parâmetro com o ato atacado (ou defendido, conforme o caso), dá lugar a uma apreciação mais ampla do objeto no processo objetivo.[174]

Não obstante a natureza democrática da Constituição de 1988, a primeira audiência pública só se deu no dia 20 de abril de 2007, por ocasião do despacho proferido pelo relator da ADI 3510 (Ministro Carlos Ayres Britto). O avanço o Supremo Tribunal Federal ao admitir, embora quase vinte anos após a promulgação da Constituição de 1988- a participação da sociedade civil no debate constitucional, abre importante canal de diálogo entre o Poder do Estado ao qual caberá decidir definitivamente a questão e os futuros afetados.

A consideração do pluralismo político como fundamento do Estado brasileiro reflete o reconhecimento do dinamismo social e dos múltiplos interesses que compõem a sociedade. O respeito a procedimentos que caracterizem o aspecto democrático propicia a abertura da discussão para que o julgador decida de modo mais adequado, levando em conta o amplo conhecimento dos múltiplos interesses envolvidos na causa.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. Amicus curiae no processo civil brasileiro - Um terceiro enigmático, São Paulo: Saraiva, 2006

---

[174] A esse respeito, Gilmar Ferreira Mendes traz julgamento paradigmático nos Estados Unidos, no qual restou clara a indissociabilidade entre questões fáticas e jurídicas no exercício do exame de constitucionalidade. Segundo o autor, "Nos Estados Unidos, o chamado "Brandeis-Brief"- memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no case Muller vs. Oregon (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher- permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples "questão jurídica" de aferição de legitimidade de lei em face da Constituição. (Jurisdição Constitucional, p.1084).

DWORKIN, Ronald, **Justice for Hedgehogs**, 2011. Versão eletrônica disponível em http://www.amazon.com/Justice-Hedgehogs-Ronald-Dworkin/dp/0674046714

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei 9.868, de 10/11/1999.** São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

______________.Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

______. **Jurisdição constitucional**: controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 446 p., il. [741847] MJU SEN STJ **STF 341.2563 M538 JCO 5.ED**
Outras edições: [670874] [563528] [196014]
______. **Jurisdição constitucional no Brasil = Constitutional justice in Brazil**. Disponível em: <http://www.venice.coe.int/WCCJ/WCCJ_papers_E.asp>. Acesso em: 24 abr. 2009. [844436]

______. **Jurisdição constitucional no Brasil:** o problema da omissão legislativa inconstitucional = **Constitutional jurisdiction in Brazil:** the problem of unconstitutional legislative omission . Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98421&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>. Acesso em: 3 nov. 2008. [831379]

______. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a**

liberdade e a igualdade = Die brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Bedeutung für Freiheit und Gleichheit. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=99232&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixa Busca=N>. Acesso em: 19 nov. 2008. [833074]

______. **Os novos desafios da jurisdição constitucional do século XXI:** a perspectiva brasileira = **The new challenges of Constitutional adjucation in the 21st century:** a Brazilian perspective. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98209&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixa Busca=N>. Acesso em: 4 nov. 2008. [831373]

______. Limitação de efeitos no sistema difuso e a aplicação do art. 27 da lei 9.868-99: algumas notas. In: BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (Org.). Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha: (teoria da Constituição, direitos fundamentais e jurisdição). Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 33-43. [868721] CAM SEN STJ TCD TJD TST STF 341.2 E79 EDC

MIRANDA, **Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, vol. I,** 6ª ed., 1997; vol. II, 3ªed. (reimpressão), 1996; vol. III, 4ª ed., 1998; vol. IV, 2ª ed., 1993; vol. V, 1997, Coimbra, Coimbra Ed..

SARLET, Ingo Wolfgang. ***A eficácia dos direitos fundamentais***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

SGARBI, Adrian. ***Clássicos de Teoria do Direito*.** Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

Mensagem de veto nº 1.807/99- disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.html

Constituição Federal, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html

SILVA, José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo, p. 47 e 49

SARMENTO, Daniel (org). CÂMARA, Alexandre Freitas. (et. al.). **Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99.** Rio de Janeiro: Lumen, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Derechos y Desacuerdos. Trad. José Luis Martín e Águeda Quiroga. Madri:

Marcial Pons, 2005.WEBER, Max. **Economia e Sociedade.** Brasília, 3ª Edição, Editora UnB,2000.

A DECISÃO DE APELO AO LEGISLADOR NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: UMA ABORDAGEM EMPÍRICA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS ENTRE JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO

João Trindade Cavalcante Filho

INTRODUÇÃO

O estudo da tensão entre jurisdição constitucional e função legislativa não é nova na teoria do Direito Constitucional. Da mesma forma, a busca por decisões que evitem um desequilibro institucional entre as funções representativas da soberania tem sido constante entre os Tribunais Constitucionais (expressão utilizada, aqui, no sentido amplo empregado por André Ramos TAVARES (2005).

Nesse sentido, desenvolveram-se – principalmente nos ordenamentos italiano e alemão – técnicas arrojadas e sofisticadas de decisão em sede de jurisdição constitucional, ora "avançando" sobre terrenos tradicionalmente destinados ao legislador, como é o caso das sentenças aditivas proferidas pela Corte Italiana, ora adotando uma posição de "cautela" diante da função legislativa. Esse último caso aproxima-se mais do fenômeno que buscamos estudar: o chamado "apelo ao legislador".

Contudo, nossa análise não se debruçará de forma aprofundada sobre aspectos conceituais desse tipo de decisão. Não que o tema esteja esgotado na doutrina brasileira: sua análise quase que se resume aos estudos do prof. Gilmar Ferreira Mendes, mas que também abordam o tema numa perspectiva comparatista com o ordenamento alemão. Não encontramos sequer uma monografia dedicada especificamente ao tema.

Apesar disso, nosso estudo se destina a uma análise empírica dos casos em que se adotou o apelo ao legislador, bem como a um estudo sobre a efetividade dessa técnica como forma de promover um "diálogo institucional"

entre a jurisdição constitucional e o legislador (em vez de simplesmente se invalidar a lei).

Para tanto, estudaremos os casos em que o Supremo Tribunal Federal utilizou essa técnica decisória (expressa ou implicitamente) – e que são bem poucos. Logo após, realizaremos uma análise qualitativa sobre em quais desses casos o legislador atendeu ao “apelo” do Tribunal, além de apreciarmos de forma crítica a necessidade de se adotar tal decisão. Para tanto, investigaremos até mesmo as bases empíricas e sociológicas das premissas apresentadas pela Corte como justificação para emitir uma decisão de apelo ao legislador.

Antes, porém, é preciso realizar alguns esclarecimentos conceituais e terminológicos.

Embora exista certa controvérsia na doutrina brasileira, o entendimento majoritário é o de que a decisão de *apelo ao legislador* encerra um julgamento de *constitucionalidade* da norma, e, em *obiter dictum*, um pedido, um apelo ao legislador para que resolva determinada situação de uma lei *ainda constitucional*, em *trânsito para a inconstitucionalidade* (cf. MENDES, 1992).

Em sentido contrário, defendendo que a decisão de apelo encerra (ou deve encerrar) uma declaração de *inconstitucionalidade*, confira-se a posição de Celso Ribeiro BASTOS (1994) e Juliano Taveira BERNARDES (2012).

André Ramos TAVARES (2010: pp. 293-294), após noticiar a utilização ambígua da expressão, tanto para se referir a um juízo de constitucionalidade, quanto para abordar a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, afirma que:

> Na realidade, trata-se de decisão que afasta a inconstitucionalidade, reconhecendo-se a constitucionalidade da norma, à qual se soma uma espécie de ‘advertência’ judicial, ou, se se quiser, de reconhecimento de uma situação de imperfeição que tende a transformar-se em situação de inconstitucionalidade. Seria o reconhecimento de um processo de inconstitucionalização da norma que a Corte identifica como incompleto, realizando verdadeiro prognóstico de desenvolvimento da compreensão dessa norma.
>
> Essa técnica é o coroamento da orientação doutrinária de que a Constituição não é um documento estático, imutável, antes

> sofrendo os influxos da evolução normal da vida, que levam à denominada 'mutação constitucional informal'.
> (...) Reconhece-se, pois, que os fatos alteram a situação da norma jurídica em sua relação com a Constituição

Acerca da efetividade prática da decisão de apelo – ao menos na Alemanha – o Ministro Gilmar Mendes afirma, em trecho do voto proferido na ADI nº 3.682/MT:

> A doutrina constitucional mais moderna considera que o apelo ao legislador (*Apellentscheidung*) configura apenas uma decisão de rejeição de inconstitucionalidade, caracterizando-se essa recomendação dirigida ao legislador como simples *obiter dictum*. **Essa qualificação não retira a eficácia desse pronunciamento, não havendo, até agora [a decisão é de 2007], registro de qualquer caso de recalcitrância ou de recusa do legislador no cumprimento do dever constitucional de legislar**" (original sem grifos).

Nem sempre o apelo ao legislador deriva de uma omissão inconstitucional de caráter total. Pode ser utilizado nos casos de omissão inconstitucional de caráter parcial, para evitar o agravamento da situação de violação a direitos fundamentais, que redundaria da exclusão pura e simples da norma. Também pode ser decorrente de uma situação em que o legislador atuou, mas, em virtude de mudanças do quadro social, sua atuação não se mostra mais tão adequada aos fins originalmente perseguidos.

Aliás, essa última hipótese é o campo de utilização precípua do instituto no Direito brasileiro. Afinal, para os casos de omissão (total ou parcial), as técnicas de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou mesmo de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, mostram-se mais efetivas e adequadas.

Podemos, a propósito, apontar algumas distinções entre a decisão de apelo e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade:

	Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade	Decisão de apelo ao legislador
Resultado do julgamento	Declaração de *inconstitucionalidade* (no caso da ADI, *procedência* do pedido)	Declaração de *constitucionalidade* (no caso da ADI, *improcedência* do pedido)
Situação do ato normativo	Declarado inconstitucional, mas preservado no ordenamento para evitar o agravamento da situação jurídica de contrariedade à Constituição	Declarado *ainda* constitucional, em trânsito para a inconstitucionalidade
Trecho da decisão em que se aponta a incompatibilidade da norma com a Constituição	*Ratio decidendi* e/ou parte dispositiva	*Obiter dictum* (fundamentação)
Efeitos para o legislador	Obrigação de legislar, sob pena de declaração de nulidade da norma (geralmente, fixa-se prazo para o exercício da legislação – vide a ADI nº 3.682/MT)	Recomendação/advertência para legislar, sob pena de a norma *tornar-se* inconstitucional e, com isso, ser declarada nula pelo Tribunal

Obviamente, existe uma gama de situações em que é possível ao Tribunal exercer certa discricionariedade na escolha da técnica de decisão a ser adotada (declarar a lei inconstitucional, mas não lhe pronunciar a nulidade, ou declarar a validade da norma, realizando um apelo ao legislador). Todavia, se levarmos em conta a lição de que a declaração de inconstitucionalidade deve ser regida pela estrita necessidade e indispensabilidade, isto é, só deve ser efetivada quando for imprestável a norma criada pelo legislador

(CANOTILHO: 2007, p. 939), é possível até mesmo sustentar uma espécie de preferência, em tese, pela técnica do apelo.

2. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA TÉCNICA DO APELO AO LEGISLADOR SOB O MARCO TEÓRICO DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Sem necessariamente nos comprometermos com a adoção de teorias normativas dialógicas da democracia e do Direito, é inegável a importância dos diálogos *institucionais* e *institucionalizados* entre os poderes, para a resolução de problemas jurídico-constitucionais, ainda mais quando referidos aos chamados *hard cases*.

Nesse sentido, Cecília de Almeida SILVA ET AL. (2010) consideram que:

> O elemento central das teorias que têm no método judicial a sede da provocação de diálogo é o uso consciente, pelo Judiciário, de técnicas que permitem ao julgador estimular e encorajar um mais amplo debate quanto ao sentido constitucional, com e entre os poderes”[175].

Nesse quadro, o *apelo ao legislador* pode ser abordado como uma forma de diálogo institucional entre os poderes (Judiciário e Legislativo e, segundo sustentamos, até mesmo entre o Judiciário e o Executivo). Trata-se da aplicação de um viés da chamada *teoria do “aconselhamento” judicial*, em que a decisão prolatada pelo Judiciário sugere um “mapa do caminho” (*roadmap*) constitucional:

> Conjugam-se sob esta indicação [teorias do ‘aconselhamento’ judicial] as teorias dialógicas nas quais o Judiciário se vale de técnicas de interpretação e construção decisórias, que se revelem proativas e recomendem cursos de ação aos poderes políticos, por meio dos quais se terá afastado o risco de violar a constituição. Sob esta mesma classificação[,] são incluídas as decisões identificadas como *constitutional roadmaps*, nas quais o Judiciário pronuncia a inconstitucionalidade, mas aponta os

---

[175] SILVA, Cecília A. *et alii*. **Diálogos Institucionais e Ativismo.** Curitiba: Juruá, 2010, p. 92.

caminhos possíveis de tratamento da referida matéria, de modo a permitir a atuação corretiva dos demais poderes (notadamente o Legislativo). Ainda no mesmo subgrupo, **há as decisões nas quais o Judiciário não pronuncia a inconstitucionalidade, mas indica as fragilidades da solução existente, num estímulo à atuação corretiva**, ou ainda aponta os limites a partir dos quais se adentrará na zona proibida da violação constitucional.
É inequívoca a semelhança das categorias apontadas com outras que já frequentam a doutrina nacional: o apelo ao legislador (importado da jurisprudência alemã), e a pronúncia do trânsito para a inconstitucionalidade”[176].

Como se percebe, a técnica do apelo ao legislador, não obstante não se enquadrar nas tradicionais técnicas de decisão em sede de *judicial review*, não representa por si só um exercício da jurisdição de forma *ativista* – antes, pode ser até mesmo um sintoma de autocontenção, pois evita a declaração de inconstitucionalidade pura e simples.

Nesse mesmo sentido, Walter Claudius ROTEMBURG (2007) afirma que:

> Técnicas de decisão em sede de jurisdição constitucional [como o apelo ao legislador] demonstram o respeito do tribunal constitucional (e de outros órgãos do Poder Judiciário que decidam questões constitucionais em concreto) para com o Legislativo. São convites ao diálogo interinstitucional”.

Realmente, se assumirmos a conceituação de ativismo judicial como o exercício arrojado da jurisdição, ocupando espaços destinados originalmente às demais funções estatais (CANON, 1983), pode-se perceber que a adoção da técnica de apelo ao legislador, embora sofisticada, busca justamente evitar uma indevida intromissão da jurisdição constitucional sobre a função de legislar.

---

[176] Idem, ibidem, p. 93. Original sem grifos.

3. DECISÕES DE APELO TOMADAS PELO STF: ANÁLISE EMPÍRICA DOS EFEITOS SOBRE O LEGISLATIVO

Uma análise empírica da eficácia para o legislador das decisões de apelo tomadas pelo STF é de difícil implementação, pois são poucos os casos em que o Tribunal adotou propriamente esse instituto como forma de decidir.

Relevando-se a segundo plano a questão terminológica (fala-se em "lei ainda constitucional" e "inconstitucionalidade progressiva"), e levando-se em conta mais o conteúdo da decisão do que o expresso reconhecimento da adoção da técnica, só há quatro casos em que, *stricto sensu*, adotou-se a técnica da decisão de apelo.

Analisaremos tais decisões e os efeitos que produziram no poder Legislativo, para saber se o apelo foi realmente relevante, do ponto de vista da efetividade prática.

3.1. Casos em que o apelo não surtiu grande efeito prático no Legislativo

No julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 70.541/RS (Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 27.06.1997), o Tribunal Pleno, deferindo o *writ*, julgou incidentalmente *constitucional* o art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 (na redação dada pela Lei nº 7.871, de 8 de novembro de 2011). Esse dispositivo estabelece prazo em dobro para a interposição de recurso criminal pela Defensoria Pública.

Na parte em que interessa, restou consignado na ementa do julgado que:

> Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública" (sem grifos no original).

Não se fala explicitamente em *apelo ao legislador*, mas o tema permeia os debates entre os Ministros.

Idêntica solução – e mais uma vez envolvendo o dado fático da pequena institucionalização das Defensorias Públicas – foi adotada pela Corte no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 135.328/SP (Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 20.04.2001), em que se apreciava a compatibilidade, ou não, do art. 68 do Código de Processo Penal (CPP), na parte em que atribui ao Ministério Público (e não à Defensoria Pública) a legitimidade ativa para a ação civil *ex delicto*. Fala-se em "inconstitucionalidade progressiva", e, na parte em que nos interessa, consigna-se que:

> **Enquanto não criada por lei, organizada** - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - **a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal**, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista" (original sem grifos).

Nesses dois casos, pode-se afirmar que os efeitos do apelo ao legislador foram pequenos ou não existiram, visto que o Congresso Nacional não editou qualquer norma alterando os dois dispositivos citados, nem existe, em tramitação, projeto de lei com esse conteúdo[177].

Contudo, antes de se afirmar a inutilidade do apelo, é preciso levar em conta duas peculiaridades dessas decisões: a) a competência para instituir as Defensorias Públicas estaduais é de cada Estado-membro da Federação, segundo o art. 24, XIII, c/c §§ 1º e 2º da CF (e também do Distrito Federal, após a Emenda Constitucional nº 69, de 2012); e b) a rigor, o que se tem é mais um *apelo ao administrador* do que um *apelo ao legislador*, já que a alteração da legislação federal depende da efetiva instalação das Defensorias Públicas, inclusive em âmbito estadual[178].

---

[177] Conforme pesquisa realizada nos sítios do Senado Federal e da Câmara dos Deputados na *internet* (acesso em 06.12.2012).
[178] Advirta-se, ademais, que a iniciativa de projetos de lei para instituir a Defensoria Pública na esfera de cada Estado é privativa do Governador, por interpretação sistemática do art. 61, § 1º,

De qualquer forma, é possível citar esses dois casos como situações em que houve uma decisão de apelo ao legislador, decisão essa que não foi atendida (embora, ressalte-se, mais por uma persistência da realidade fática do que por uma recalcitrância do legislador).

3.2. Caso em que o apelo ao legislador foi inútil porque a situação já fora alterada

No julgamento do RE nº 385.397/RS (decisão monocrática do Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, confirmada pelo Pleno no julgamento do agravo regimental), em 28 de outubro de 2003, reconheceu-se a constitucionalidade do art. 7º, I, da Lei nº 9.380, de 1986, do Estado de Minas Gerais, que conferia o caráter de pensionista das servidoras públicas estaduais apenas aos maridos *inválidos*.

Aplicando-se o precedente firmado no RE nº 204.193/RS (ver item 3.3), considerou-se *ainda constitucional* a legislação, pois o tratamento diferenciado em detrimento do cônjuge homem seria justificável pela situação social de residual dependência econômica da mulher em relação ao homem, e não o contrário.

Todavia – e, justiça seja feita, tal fato foi consignado no próprio acórdão –, a legislação já fora alterada pela Lei Estadual nº 13.455, de 12 de janeiro de 2000[179], o que tornou inócua qualquer intenção de apelo ao legislador[180].

II, *d* e *e*, da CF. Da mesma forma, a efetiva implementação das Defensorias Públicas em âmbito estadual só veio a ser completada recentemente, quando o Estado de Santa Catarina finalmente criou essa instituição.

[179] Alterou-se a redação do dispositivo, para considerar como dependentes "a esposa e o marido, a companheira e o companheiro mantidos há mais de cinco anos, os filhos de qualquer condição menores de 21 anos ou inválidos".

[180] O julgamento prosseguiu de a alteração legislativa ser posterior à morte da servidora, o que tornava a lei inaplicável ao caso concreto.

Idp MESTRADO

3.3. Caso em que o apelo ao legislador foi atendido

No citado julgamento do RE nº 204.193/RS (Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 31.10.2002), considerou-se *ainda* constitucional Lei do Estado do Rio Grande do Sul que, à semelhança do caso exposto no subitem anterior, só reconhecia a condição de dependente ao cônjuge homem se fosse *inválido*.

No voto condutor, o Relator apontou a existência de uma situação sociológica de residual dependência econômica da mulher em relação ao homem (e a falsidade da recíproca), o que ainda justificaria o tratamento desigual.

Há que se fazer aqui uma crítica pontual, pois os fatos apontados como razão "sociológica" derivam do mero senso comum. Não há qualquer dado oficial ou estatístico no acórdão que confirme as premissas "sociológicas" utilizadas. Embora provavelmente fossem verdadeiras, isso dificulta o controle da veracidade dos argumentos, ainda mais em se tratando de analisar a legitimidade de uma decisão legislativa a partir de "dados" concretos.

Aliás, ressalte-se que, segundo dados do IBGE, a porcentagem de famílias do Rio Grande do Sul cuja referência econômica era o homem, em 2001, era de 73.81%, e, embora sofra constante queda desde então, ainda atingia, em 2009, o patamar de 63.59%[181]. Em Minas Gerais, as porcentagens em 2001 e 2009 eram de, respectivamente, 72,27% e 64,76%[182]. Em todos os casos, ainda muito longe de uma situação de igualdade econômica entre os sexos.

A norma (art. 9º da Lei nº 7.672, de 18 de junho de 1982) foi considerada constitucional, com um sutil apelo ao legislador para que, verificada a

---

[181] Disponível em: http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=FED307&sv=15&t=pessoas-referencia-familia-sexo. Acesso em 06.12.2012.

[182] Disponível em: http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=FED307&sv=15&t=pessoas-referencia-familia-sexo. Acesso em 06.12.2012.

anunciada alteração do quadro fático que justificava a subsistência da norma, realizasse as necessárias adaptações[183].

O apelo foi efetivamente atendido: em 30 de dezembro de 2011, foi promulgada a Lei Estadual nº 13.889, que inseriu no art. 9º da Lei nº 7.672/82 um inciso VI, estabelecendo serem considerados dependentes "*o marido ou o companheiro de servidora pública e o companheiro ou a companheira de pessoa do mesmo sexo que seja segurada, uma vez comprada a dependência na forma desta Lei*".

Percebe-se, então, que, nesse caso específico, o apelo ao legislador foi atendido, embora as premissas fáticas nas quais se baseava a edição da lei anterior não tenham sido totalmente infirmadas pelos dados estatísticos. De qualquer forma, o legislador estadual adotou medidas para atender ao apelo lançado pelo STF, o que representa um importante e significativo caso de diálogo institucional, envolvendo instâncias distintas (federal/estadual) de poder diversos (Judiciário e Legislativo).

CONCLUSÕES

A partir dos dados coletados, pode-se afirmar que:

a utilização do *apelo ao legislador*, em sentido estrito, ainda não é quantitativamente tão utilizada pelo STF;

em um caso, o apelo foi efetivamente atendido, tendo resultado em alteração legislativa;

em um caso, o apelo não era sequer necessário, pois a legislação já havia sido alterada;

em dois casos, o apelo não surtiu efeitos práticos mais perceptíveis na esfera do legislativo federal, embora, na situação concreta, a atuação também dependesse dos Executivo estaduais.

---

[183] Outro fundamento para o desprovimento do extraordinário foi a necessidade de lei específica para a concessão de benefício previdenciário, bem como a impossibilidade de criação desse benefício sem a devida fonte de custeio.

Idp MESTRADO

Esses dados podem ser interpretados, ainda, como o diagnóstico de dois problemas a serem enfrentados pela teoria do Direito Constitucional e pela própria jurisprudência.

Em primeiro lugar, é preciso reforçar a fundamentação dos acórdãos, de modo que as decisões prolatadas não se baseiem no mero senso comum, mas em dados específicos de fontes confiáveis. A prognose de fatos pelo Judiciário traz em si a necessidade de se adotarem procedimentos que assegurem a controlabilidade dessas análises. Em outras palavras: quanto mais a jurisdição constitucional avança e adota técnicas sofisticadas, maior tem que ser o esforço argumentativo a embasar suas decisões.

Em segundo lugar, é possível dizer que a utilização da técnica de apelo ao legislador pelo STF ainda é tímida. Embora frequentemente citada pela doutrina, essa forma de decidir ainda não despertou interesse entre os teóricos do Direito Constitucional. Não há obras específicas destinadas ao tema, o que pode até ser um dos fatores que levam o Tribunal a utilizar-se tão parcamente desse instituto.

E, por fim, a análise dos dados coletados dá conta de que, em pelo menos uma das quatro situações em que o STF utilizou-se do apelo ao legislador como técnica decisória, a decisão foi efetivamente levada em conta pelo legislador: a lei foi alterada, para adequar-se aos parâmetros de constitucionalidade explicitados pela Corte.

É possível que se tenha, como o apelo ao legislador, um promissor caminho para o estabelecimento de canais efetivos de diálogos institucionais entre os poderes (notadamente o Judiciário e o Legislativo).

A confirmação dessa afirmação dependerá, todavia, de uma maior utilização da técnica pela Corte, e de mais estudos que esquadrinhem os aspectos teóricos e empíricos desse tipo de decisão sobre a dinâmica de trabalhos do Legislativo.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional, tomo I.** Salvador: JusPodivm, 2012.

CANON, Bradley C. **Defining the dimensions of judicial activism.** *In*: Judicature: vol. 66, n. 6, dec./jan. 1983.

MENDES, Gilmar. **O Apelo ao Legislador – Appellentscheidung – na Práxis da Corte Constitucional Federal Alemã.** *In:* Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 29, n. 114, abr./jun. 1992. pp. 473-502.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier. Fundamentos do controle de constitucionalidade das leis. *In:* Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 38, n. 149, jan/mar. 2001. pp. 79-89.

ROTEMBURG, Walter Claudius. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin *et al*. **Direitos Humanos e Democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Cecília A *et alii*. **Diálogos Institucionais e Ativismo.** Curitiba: Juruá, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2010.

______. Teoria da Justiça Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANEXOS

Figura 1: distribuição de pessoas de referência entre homens e mulheres no Rio Grande do Sul, entre 2001 e 2009

Disponível em www.ibge.gov.br

Série: FED307 - Pessoas de referência da família, por sexo

Tema: Famílias e Domicílios

Subtema: Perfil das pessoas de referência das famílias ou domicílios

Periodicidade: Anual Período: 2001-2009

Definição e comentário

Tipo de dado: Relativo Absoluto

Abrangência Geográfica: Unidades da Federação - UF

Unidade Territorial: Rio Grande do Sul

Localidade: Selecione...

Selecione as Categorias: Total Homem Mulher

Exibir dados

Gerar Cartogramas
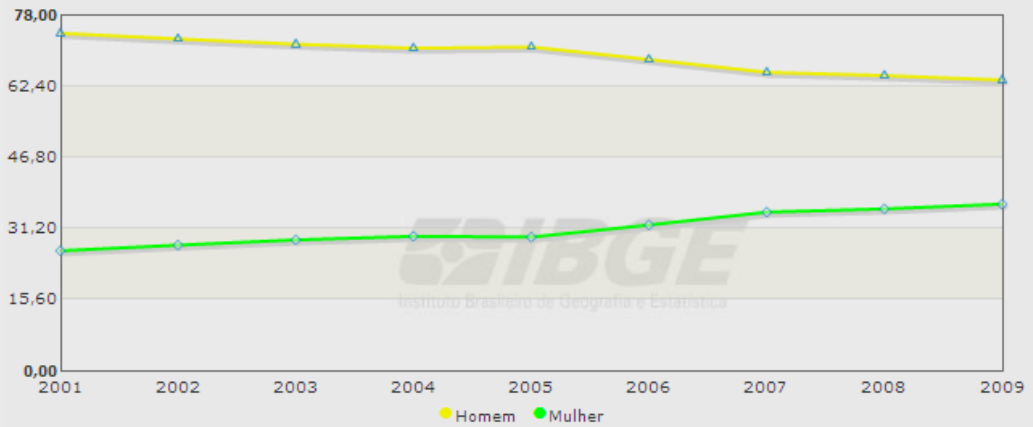
Figura 2: distribuição de pessoas de referência entre homens e mulheres em Minas Gerais, entre 2001 e 2009

Disponível em www.ibge.gov.br

Série: FED307 - Pessoas de referência da família, por sexo

Tema: Famílias e Domicílios

Subtema: Perfil das pessoas de referência das famílias ou domicílios

Periodicidade: Anual **Período:** 2001-2009

Definição e comentário

Tipo de dado: Relativo Absoluto

Abrangência Geográfica: Unidades da Federação - UF

Unidade Territorial: Minas Gerais

Localidade: Selecione...

Selecione as Categorias: Total Homem Mulher

Exibir dados

Gerar Cartogramas

76,00
60,80
45,60
30,40
15,20
0,00
2001 2002 2003 2004 2005 2006 2007 2008 2009
Homem Mulher

IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

A IMPORTÂNCIA (OU NÃO) DO CONCEITO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Linda Cristina Khan

"Não há pior inimigo do conhecimento que a terra firme" (Renato Janine Ribeiro)

Este artigo pretende demonstrar se é essencial conceituar "o que são ou quais são os preceitos fundamentais" ou se devem ser apreendidos, estritamente, como um conceito jurídico indeterminado. A intenção é apresentar as considerações acerca das lições de doutrinadores e/ou jurisconsultos com o fito de contribuir para aclarar as dúvidas sobre o conceito em tela.

Conceito (do latim *conceptus*, do verbo *concipere*, significa "conter completamente", "formar dentro de si") carrega um significado díspare do vocábulo definição. Para alguns, conceito significa "unidade de conhecimento", para Kant em "Crítica da Razão Pura" é "um juízo sintético *a priori*". Um conceito tem que dar o norte, dizer racionalmente o que algo é e/ou como funciona. Deve ser universal, independente da linguagem, ser compreendido de maneira isonômica.

Por seu turno, "preceito" do latim *praeceptum* significa ordem, mandado, comando que se deve observar e guardar. Identifica-se com o sentido encontrado tanto nas regras como nos princípios, detem uma categoria autônoma. Na linguagem forense preceito é utilizado para designar norma de conduta imposta judicialmente para que se faça ou deixe de fazer sob a garantia de cominação de pena pecuniária caso não haja cumprimento de tal ordem.

Para Thomas R. Gilles, preceito indica a sua finidade com a ideia de algo que contém prescrições, é aquilo que é dado para servir de regra de ação ou de conduta, principalmente moral ou religiosa, assim como é também aquilo que é aceito como princípio regulatório ou funcional na organização e direção

de determinada conduta regulada por meio de normas (princípios e, especialmente, por regras).

A categoria autônoma formada por princípios e regras é de tal importância que a CF/88 formulou um instrumento judicial específico, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF para dar guarida aos preceitos fundamentais quando descumpridos por quem está obrigado a obedecê-los.

Com previsão no § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 9.882/99, no *caput* do art. 1º, dispõe sobre a propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (já utilizado no Direito internacional) cujo objeto é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público contra a sociedade.

Ressalta-se que não é qualquer controvérsia constitucional acerca de uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, ou seja, qualquer ato do Poder Público, incluídos os anteriores à Constituição. Exige-se que em qualquer dessas situações o fundamento da controvérsia seja relevante (inciso I) e que esteja caracterizada a ameaça ou ofensa a um preceito fundamental decorrente da Carta Magna. Configura-se assim a tais preceitos o parâmetro de controle para a propositura da Arguição de Descumprimento.

O conceito de preceito fundamental não se encontra positivado de maneira fixa e/ou exaustiva. É um conceito jurídico indeterminado, intrinsicamente abstrato, cuja construção ainda não está cristalizada. Resulta ser o preceito fundamental, um comando constitucional que proporciona ao cidadão buscar a jurisdição na Alta Corte, quando se sentir malogrado em sua dignidade, liberdade, direitos psicofísicos etc.

Dado a complexidade e abstração de significados, coube ao legislador, tão somente, aplicar a norma. Não estabeleceu margem para a interpretação da norma, deixando, sabiamente, a completude da interpretação sistêmica a cargo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, intérprete e aplicador da Constituição. O entendimento de preceito fundamental será consolidado por meio da aplicação a um caso concreto, realizando verdadeira adaptação às

novas demandas e valores sociais – o caminhar ao encontro do Estado Democrático de Direito.

Salienta-se o que KARL LARENZ denomina de "teoria objectivista da interpretação":

> A lei, uma vez publicada, rompe os vínculos com seu criador e assume vida própria. Valerá, portanto, o que diz a norma, se válida e eficaz apresentar-se, independentemente do sentido que se lhe quis dar quando da sua elaboração. Opera-se, portanto, uma ruptura entre o pensamento manifestado pelo legislador e a descrição literal da norma, no momento em que esta se faz operante.

Reza o critério hermenêutico que o conceito de preceito fundamental somente pode ser apreendido dentro do próprio sistema constitucional e a tarefa de tal monta cabe ao STF que sempre levará em consideração os dados axiológicos subjacentes ao ordenamento constitucional.

Quando da apreciação de ADPF intentada, o Supremo Tribunal Federal delineará o perfil e a extensão do que possa ser entendido por preceito fundamental. A Suprema Corte sempre irá ao encontro do postulado hermenêutico que determina ao intérprete conferir a máxima eficiência, a maior efetividade possível, atendendo assim ao princípio da interpretação efetiva. E, como ocorre com toda interpretação, é necessário que sua análise utilize uma forma, cuja aplicação alcance uma otimização realmente eficaz.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é considerada pelo Supremo Tribunal Federal uma ação *sui generis*, tendo em vista o parâmetro distinto, pois foi acrescido, acoplado a preceito, o vocábulo “fundamental”, com isso a ADPF somente protegerá os preceitos constitucionais “fundamentais”.

Os preceitos fundamentais são o parâmetro de controle para a propositura da ADPF, sendo assim, é crucial delinear ou, ao menos, estabelecer o que vem a ser preceito fundamental, seu conteúdo e alcance e, desta maneira poder determinar o raio de ação e delimitar as hipóteses de incidência já que sequer a Lei 9.882/99 previu seu aspecto conceitual para a dimensão casuística.

Não havendo – sabiamente – um rol taxativo, também não significa a desnecessária exegese sobre seu sentido, pois é de suma importância ter uma exata noção e assim detectar e estabelecer no estudo da Constituição onde e o que pode ser considerado e entendido como preceito fundamental.

Para a aplicação da ADPF é necessário que exista no bojo do bem jurídico suscitado, violação a um preceito fundamental. Quando da petição o preceito fundamental assume peculiar significado na arguição de descumprimento (art. 3º, inciso I, da Lei 9.882/99/), é requisito obrigatório – não a simples indicação – caracterizar, fundamentadamente, o preceito fundamental que se considera violado, sob pena da petição inicial ser indeferida liminarmente.

Na maioria das vezes, é neste momento em que é possível apercebe-se que a falta de contorno na delimitação de preceito fundamental, pode revelar alto grau de subjetividade do aplicador nas próprias decisões judiciais, as quais, sem critérios claros deixam as interpretações à disposição dos ânimos dos Ministros do STF, proporcionando aos jurisdicionados um grau de insegurança.

Peter Häberle em sua obra Hermenêutica Constitucional aborda o que ele definiu como “sociedade aberta de intérpretes”, concluíndo que: *(...) “O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico.”*

Deixando à margem o aspecto negativo, ou seja, o surgimento de controvérsias, arbitrariedades do aplicador, tendência à utilização da doutrina e/ou da jurisprudência; logra-se uma face positiva proporcionada pela amplitude do termo, que leva a ADPF a ser a “cereja do bolo”, o instrumento mais elástico do controle de constitucionalidade, inclusive na trilha a ser percorrida pelas tão dinâmicas transformações sociais. É bom lembrar que este vasto campo é permeado pelo também amplo campo dos princípios, o que será tratado mais adiante.

Reitera-se que, sendo o preceito fundamental um conceito jurídico indeterminado e levando em conta sua mutabilidade, cabe dizer que a intenção

volitiva do legislador foi a de que a ADPF se preocupasse com preceitos basilares, imprescindíveis e inafastáveis, com o fito de que as interpretações do Supremo Tribunal Federal abarcassem a evolução de toda a sociedade.

Ensina o Ministro Gilmar Mendes*:*

> "É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema."

Como o legislador, cumprindo os deveres de sua competência tutelou tal bem jurídico, mas não estabeleceu margem para a interpretação da norma, há que se considerar, sobretudo, que preceito fundamental é um princípio, por conseguinte, necessário se chancelar densamente o significado deste, que no arcabouço jurídico permeia toda e qualquer regra, portanto, o conceito deve ser entendido de forma ampla.

No voto da ADPF 33 (eivada de discussões plenárias na busca de um significado tátil para Prececeito Fundamental) asseverou o Ministro Gilmar Mendes:

> (...) "não há como definir de maneira objetiva o que seria preceito fundamental, "é muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da argüição de descumprimento."
> (...) "parece que a indeterminação do conceito é proposital, pois somente dessa forma pode abarcar o presente e o futuro, posto ser imenso o poder transformativo do Direito com relação à sociedade, o que implica na constante mudança de valores, surgimento de novos direitos, entre outras modificações relevantes para a consolidação da democracia."

Nesta mesma linha de pensamento, chamado argumento de autoridade, cabe citar a referência do Ministro Oscar Dias Corrêa - quando do julgamento da ADPF nº 01/RJ: "*a definição dos preceitos fundamentais é função do STF"*, nas palavras do então Ministro Néri da Silveira:

> "Cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto constitucional é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente a um único parâmetro – a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua discrição indicá-los."

Assenta-se nesta linha de raciocínio, José Afonso da Silva para quem, preceitos fundamentais seriam aquelas normas que dão "sentido básico ao regime constitucional":

> "preceitos fundamentais" não é expressão sinônima de 'princípios fundamentais'. É mais ampla, abrange a estes e todas as prescrições que dão sentido básico ao regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais (positivados no Título II da CF/88).

Em posição reversa e restritiva, cabe citar as conclusões do Ministro Carlos Ayres Britto que restringe a posição dos preceitos fundamentais ao Título II da Carta Maior:

> "Tenho a tendência de fixar constitucionalmente a expressão preceito fundamental enquanto direito ou garantia que a própria Constituição cama de fundamental. E a Constituição só usa o adjetivo "fundamental" em duas oportunidadespara caracterizar os princípios (Título I – Dos Princípios Fundamentais); e para carcterizar certos direitos e garantias (Tìtulo II – Dos Direitos e Garantias Fundamentias) e é por isso que me inclino a pensar, cada vez mais, que preceito fundamental é apenas aquele inserto no Título II da Constituição, é aquela regra que está a serviço de um princípio fundamental da República."

Relativo às Constituições, leciona Guerra Filho que onde foi adotado um padrão semelhante ao inaugurado pela Constituição alemã de Bonn, ocupa uma posição central os Direitos e Garantias Fundamentais, que teve eco no Título II da CF/88, acima mencionado.

Verifica-se, sem sombra de dúvidas, a existência de preceito fundamental quando do princípio da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, direito ao trabalho, livre iniciativa, pluralismo político e soberania

popular. Todos, direitos essenciais ao cidadão, portanto, devem ser sobrepesados, não cabendo qualquer espécie de violação.

Apesar de não haver posição restrita, o Ministro Gilmar Mendes (para quem o direito é atemporal) delimitou um núcleo mínimo, um rol preciso, onde encontra esteio, entre outras, as cláusulas pétreas, credoras de um *plus* com o objetivo de endurecer os mecanismos dotados de uma garantia especial, a imutabilidade:

a) fundamentos e objetivos fundamentais da República (arts. 1º a 3º), onde no art. 1º há referência ao princípio republicano, ao federativo, ao democrático e ao princípio do Estado de Direito que juntos fazem parte dos preceitos elementares da Lei Fundamental (também denominados ideias diretrizes, pois vinculam diretamente o legislador) juntamente como o Princípio do Estado Social; por seu turno, o art. 2º dispõe da separação dos poderes; os objetivos fundamentais encontram-se no art. 3º e trata das garantias de uma sociedade justa, livre e solidária, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da proibição de discriminações fortuitas;

b) os direitos e garantias individuais e coletivos (art 5º e ss);

c) as cláusulas pétreas: a forma federativa do Estado, a separação dos poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 60, §4º);

d) Princípios sensíveis (art. 34, VII) – aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal. Quando violado o rol de princípios e regras, a Constituição permite a suspensão da autonomia federativa, denotando com isso, o grau de relevância (para a organização do poder) de tais princípios em face aos demais.

Ainda no julgamento da ADPF 33, o Ministro Gilmar Mendes sustentou que: "Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional”.

Porém, não sendo um conceito restrito não se fixa tão somente aos direitos tipificados nos artigos supracitados.

Em mais uma lição, o Ministro Gilmar Mendes completa dizendo que:

> “a noção de preceito fundamental não deve estar cingida a um determinado número de dispositivos indicado, vez que muitos deles se espraiam por toda a Constituição e podem representar mesmo a densificação desses princípios ou regras que compõem os preceitos fundamentais.”

O grau de abstração da norma tem um sinal distinto entre princípio (maior grau de abstração - denominado por Dworkin como princípios *Standards*) e regra o que para Ducat tem caráter categórico: ou isto ou aquilo.

Quanto à aplicabilidade, as regras são imediatamente aplicáveis aos casos concretos, enquanto os princípios são dependentes de uma concretização (mesmo concentrando alta carga valorativa não tem sua eficácia normativa afastada) porque são a base do sistema jurídico, seus fundamentos últimos, os responsáveis pela incorporação de valores fundamentais no sistema jurídico, são o fundamento de regras jurídicas, carregado de idoneidade irradiante para cimentar todo o sistema constitucional, sendo essa uma das razões de serem confundidos com os valores.

Nesse diapasão, para Peña de Moraes, os preceitos fundamentais são aquelas normas que se situam no mais alto nível da Constituição, referentes às decisões políticas e estruturais do Estado. Nesse sentido, haveria uma hierarquia de valores, sendo algumas normas constitucionais mais relevantes em relação a outras:

> “Possuindo sentido próprio, o termo preceito, consoante empregado no dispositivo em referência, inclui os princípios fundamentais, com título próprio, e outros, inseridos, também, na Constituição, que veiculam decisões políticas e estruturais do Estado. Tais preceitos sintetizam o núcleo, a alma, o cerne da Constituição. Assim, em que pese a ausência de hierarquia normativa entre os diversos dispositivos constitucionais, em razão do princípio da unidade da Constituição, não há negar, todavia, a existência entre eles de uma hierarquia axiológica, isto é, de uma hierarquia de valores, decorrente de notável relevância que uns ostentam em face de outros.”

Leciona o Ministro Gilmar Mendes:

> “Tendo em vista as interconexões e interdependência dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um

> conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.”

A CF/88 utiliza-se diversas vezes da expressão princípios, porém só se refere a preceitos fundamentais quando trata da ADPF e esta expressão isolada só se positiva no art. 102, §1º: preceito fundamental decorrente da Constituição, de maneira expressa (forma direta) ou implícita (forma indireta) tal como o princípio da proporcionalidade das leis; todos, porém, dela decorrentes. Ressalta-se que o termo “decorrente”, expresso no texto constitucional, não aparece no texto da Lei 9.882/99.

Vale dizer que “fundamental” é o preceito que se apresenta imprescindível, basilar e/ ou inafastável. A ideia do que é fundamental está mais próxima dos princípios do que das regras, já que aqueles são toda norma jurídica enquanto considerada como determinante, especificando o preceito numa direção mais particular.

O Preceito fundamental é uma somatória entre uma parcela dos próprios princípios (nem todos são preceitos fundamentais) e de regras cardeais: direitos fundamentais, estruturação do poder político, ou seja, as que procedem à repartição de funções estatais compondo, *v. g.* a repartição de competências no tocante às tarefas do Estado. O núcleo essencial do sistema constitucional forma um conjunto normativo assecuratório, como por exemplo, o dos direitos humanos.

Mantém-se a unidade da Constituição, mesmo elencando um rol de normas como fundamentais, visto a unidade não comportar absoluta assimilação igualitária entre todos os enunciados constitucionais, mas sim a obrigação de que todos sejam efetivos.

Não se pode considerar um preceito fundamental mais fundamental do que outro, *v.g.* privilegiar um grupo que tenha uma determinada visão em detrimento a outro que não comunga da mesma opinião, aplicando a axiologia e não a deontologia, estabelecendo neste caminho a lógica da preferência, uma hierarquia entre comandos constitucionais, trazendo para a aplicabilidade

o *ethos* dominante, impedindo que a minoria de hoje passe a ser a maioria de amanhã.

No caso em estudo, o vocábulo “fundamental” fornece a conotação do que realmente se pode identificar na Lei Fundamental, elevando os preceitos fundamentais, portanto, ao que conforma a essência de um conjunto normativo-constitucional.

Como supramencionado, é possível aferir que o preceito fundamental é crucial para a propositura da ADPF. Por outro lado, é impossível afastar as normas de Direito dos valores, cerne do preceito fundamental e encontram-se consagrados em cada estrutura jurídica, cujo endereço natural é a Constituição. Como ensina Cappelletti: “*é por meio de sua aplicação que se realiza os valores essenciais da coletividade.*”

Pergunta-se, então, onde, quando e quais normas (comumente princípios e eventualmente regras) há a caracterização de violação que trará marcantes consequências para o sistema jurídico como um todo?

É na captura dos valores que a Suprema Corte estará apta a identificar aquilo que o texto constitucional chama de preceito fundamental que como norma de índole constitucional vale-se de todo vigor que lhe é próprio - não como mero princípio ou regra, mas como norma que deliberou especificidade alçando-a ao patamar de preceito fundamental.

A unidade constitucional é formada por uma identidade aberta que engloba toda a complexidade imprescindível para as sociedades formadas em um real Estado Democrático de Direito.

Segundo a lição de Celso Bastos e Alexis Vargas, a Constituição no que diz respeito aos preceitos fundamentais imbricados ao instrumento da ADPF tem como fulcro proteger a Nação das situações que violentam o mais sagrado, o mais valoroso de um sistema jurídico. Para pinçar precisamente estas situações é necessário um trabalho doutrinário e jurisprudencial que irá identificar a “alma”, o “espírito” da Constituição (segundo Quintana), o núcleo central onde residem os valores essenciais: os filosóficos, morais, sociais, jurídicos, econômicos etc., tais como os propósitos, os ideais, as finalidades, ou

seja, condições que inspiram, animam e fundamentam a totalidade de parte ou do todo da lei suprema do país.

É possível, como já dito, emaranhar o significado de preceito fundamental com princípios, porém, aquele não se esgota no campo destes, assim como não os contempla totalmente, pois nem todos os preceitos fundamentais são princípios e nem todos os denominados princípios constitucionais são preceitos fundamentais que o serão apenas nos casos que agregarem a natureza da fundamentalidade à sua condição principiológica.

Por seu turno, uma regra pode apresentar a qualidade de preceito fundamental quando for crucial, vital, já que algumas delas são cardeais dentro do sistema jurídico pátrio, tais como as implementadoras de direitos humanos, as incisivas sobre a separação dos poderes etc.

Para clarear é necessário verter uma explanação sobre os valores os quais serão a alavanca para desvendar a carga dos preceitos fundamentais, bem a contragosto da linha defendida por Carl Schmitt que denominava esta importância dada aos valores, como uma verdadeira tirania que iria desembocar na derrocada do Estado legislativo e na instauração do Estado jurisdicional. Porém, tal nível de importância foi aceito pela grande maioria das Constituições que assim fizeram-no permear por todas as demais leis e atos normativos.

Destaca-se que a Constituição espanhola de 1978 traz positivados os valores supremos, denominados também como decisões fundamentais superiores (as demais constituições os acolhem de maneira expressa e/ou implícita; v. g. CF/88 que incorpora um extenso rol de valores: fundamento do Estado positivado no art. 1º e os objetivos da República disposto no art. 3º, e, os inúmeros valores difusos). Por seu turno, a Constituição Alemã denomina-os *Bundersverfassungsgericht* e a italiana como supremos valores.

Explicita Gilmar Mendes: “A vida, a possibilidade de ir e vir, a manifestação de opinião e a possibilidade de reunião preexistem a qualquer disciplina jurídica”. Cappelletti denomina os valores supremos de rationes, os Gründeda, ou seja, a atividade futura do Estado e da Sociedade. Pode-se

localizá-los claramente no Preâmbulo, em Dos Princípios Fundamentais, Dos Objetivos Fundamentais e outros, tais como o da moralidade, o do devido processo legal etc.

É de tal quilate a importância dos valores supremos que uma reforma poderia transformar substancialmente todo o sistema jurídico, convertendo-o em outro sistema distinto. É certo que todo o princípio constitucional essencial insere-se na noção de preceito fundamental.

André Ramos Tavares sustenta que a compreensão do que seriam preceitos fundamentais passa necessariamente pela ideia de valores constitucionais, enquanto "traço comum dos preceitos fundamentais", porque a Constituição é "*a base na qual se encontra uma ordem inafastável de valores estatais*", onde os valores formam *"o núcleo básico e informador de todo sistema-jurídico político".*

Com esta pequena abordagem sobre os valores e sua importância, é fácil aperceber-se que compreendê-los, saber seu significado, é *prima facie* para empregá-los como norte para a determinação dos preceitos fundamentais constitucionais.

Assevera opinião dissonante que apesar de compatíveis, norma e valor são coisas distintas já que na configuração daquela, o segundo é importante apesar de não torná-los idênticos, pois enquanto as normas seguem o código binário do direito (lícito/ilícito, legal/ilegal, constitucional/inconstitucional), os valores são adequados pela preferência de cada um.

Nessa esteira, explana Habermas que normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, por meio de critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.

Conclui-se que preceitos fundamentias são as regras de proceder, as normas, os ensinamentos, as ordens, as determinações e as prescrições básicas, essenciais e necessárias à ordem jurídica, à Constituição e, por conseguinte, ao todo da sociedade. Também que, serão considerados preceitos fundamentaistodo o rol dos Direitos Humanos Fundamentais: direitos sociais e coletivos, direitos sociais, direito de nacionalidade, direitos políticos, e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

O que se depreende dos pontos abordados nesse estudo é que para a compreensão de preceito fundamental, um conceito jurídico indeterminado, não se pode “enjaulá-lo”, cercá-lo por restrições semânticas, pela literalidade das palavras, até porque foi apercebido com o exposto que não se pode fechar o sentido de preceito fundamental a uma identidade constitucional considerada apenas como um hiato. Acima de tudo, preceito fundamental requer uma boa argumentação, uma atitude interpretativa aberta a novos significados, interpretações e distintas concepções.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Aléxis G.S. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* Apud Andre Ramos Tavares, *Tratado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.* São Paulo: Saraiva, 2011

CAPPELLETTI, Mauro. Il Controllo Giudiziario di Constituzionalità dele Leggi nel Diritto Comparato. Apud Andre Ramos Tavares, *Tratado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.* São Paulo: Saraiva, 2011

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Apud de FREIRE, Alonso Reis Siqueira.

FREIRE, Alonso Reis Siqueira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental no processo constitucional brasileiro*: a abertura estrutural dos

parâmetros e a determinação processual do objeto do instituto. 2005. Dissertação – UFMG.

GUERRA Filho Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. Apud Andre Ramos Tavares, *Tratado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.* São Paulo: Saraiva, 2011

Giles, Thomas Ransom. Dicionário de Filosofia. Apud Andre Ramos Tavares, *Tratado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.* São Paulo: Saraiva, 2011

GOMES, Frederico Barbosa Gomes. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* – Uma Visão Crítica. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2008

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Filmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris, 1997. Apud Frederico Barbosa Gomes: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* – Uma Visão Crítica

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia* entre facticidade e validade. 2d. Tradução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. São Paulo: Saraiva, 2011

PAGANELLA, Marco Aurélio. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Contexto do Controle de Constitucionalidade. São Paulo. LTr, 2004

PEÑA DE MORAES, Humberto. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: apontamentos para compreensão do tema. Apud Alonso Reis Siqueira Freire. Arguição de descumprimento de preceito fundamental no processo constitucional brasileiro: a abertura estrutural dos parâmetros e a determinação processual do objeto do instituto. 2005. Dissertação – UFMG.

Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico, v. III, verbete "preceito. Apud Andre Ramos Tavares, *Tratado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.* São Paulo: Saraiva, 2011

SCHMITT, Carl. Apud Gregorio Peces-Barba, Los Valores Superiores, *in* Andre Ramos Tavares, *Tratado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.* São Paulo: Saraiva, 2011

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. Apud Alonso Reis Siqueira Freire,.

TAVARES, André Ramos. Tratado da argüição de descumprimento de preceito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2001

TÉCNICAS DE DECISÃO À DISPOSIÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O MODELO DO LEGISLADOR POSITIVO

Roberto Carlos Martins Pontes

Resumo: O presente artigo objetiva examinar as bases conceituais das técnicas postas à disposição da jurisdição constitucional, bem como os riscos e as possibilidades que seu uso traz, sobretudo o fortalecimento do paradigma do legislador positivo. Reconhece-se a insuficiência do modelo restrito do legislador negativo, mas também a ocorrência de ímpetos legiferantes viabilizados pelas técnicas de decisão. Conclui-se no sentido da necessária e indispensável implementação de mecanismos dialógicos entre os Poderes da República, de sorte que a atuação colaborativa desses Poderes possa contribuir para a evitação de impasses institucionais.

Palavras-chaves: Separação de Poderes – Legislador negativo – Legislador positivo - Técnicas de decisão - Interpretação conforme a Constituição – Declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto – Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade – Apelo ao legislador

Introdução

O sistema de controle de constitucionalidade previsto originalmente na Constituição Federal de 1988 foi substancialmente alterado ao longo de sua pouca vigência, tanto por meio de Emendas à própria Carta, quanto por leis ordinárias.

Parece consensual que o modelo originalmente desenhado era insuficiente para o efetivo controle de constitucionalidade a cargo do Supremo Tribunal Federal, mormente quando tratadas questões complexas com impactos reais na vida nacional.

O dogma da nulidade da lei inconstitucional, tão firme na tradição constitucional brasileira, e fundada na doutrina norte americana – "*the inconstitucional statute is not law at all*" – já não respondia satisfatoriamente os desafios correntes.

Um marco significativo na alteração do modelo coincide com a aprovação das leis nº 9.868, de 1999, e nº 9.882, de 1999, que inovaram o processamento e o julgamento das ações previstas constitucionalmente.

O novo modelo é mais robusto e parece responder às novas demandas. Contudo, novos desafios têm se colocado:

Ter-se-ia passado da insuficiência ao excesso?

As técnicas de decisão postas à disposição da Jurisdição Constitucional estariam favorecendo o papel de "legislador positivo" do Supremo?

É despiciendo repisar que a Constituição Federal não autoriza o Poder Judiciário a decidir sobre opções políticas decididas legitimamente por outros Poderes, mas é, por outro lado, inegável que há substancial espaço para a criação normativa pelo Supremo, e os fatos estão a demonstrar tal afirmação.

Nesse contexto, cabe à academia promover um exame cauteloso das bases conceituais do modelo utilizado pelo Supremo no exercício da jurisdição constitucional, identificar possíveis distorções e oportunidades de aperfeiçoamento desse modelo.

É, pois, de suma importância, especialmente no contexto brasileiro, estudar e propor medidas alternativas de modo a favorecer mecanismos dialógicos e colaborativos entre os Poderes, substituindo impasses institucionais e disputas políticas por reais avanços para nossa sociedade.

Ao longo do presente artigo, examinaremos as bases conceituais das principais técnicas de decisão empregadas em Cortes Constitucionais mundo afora, com foco especial na Interpretação Conforme a Constituição, em face de seu campo aberto à criação normativa.

2. O Poder Constituinte permanente do Supremo e a Separação dos Poderes

Com razoável frequência, membros da Suprema Corte brasileira reafirmam a existência de um poder de formulação ínsito aos trabalhos de guarda da Constituição. Foi o que fez recentemente o decano da Corte, ministro Celso de Mello, em seu voto na apreciação de Mandado de Segurança que pleiteava a concessão da ordem para que a Câmara dos Deputados empossasse suplentes de Deputados Federais em face de suposta quebra de fidelidade partidária.

Afirmou o ministro em seu voto[184], enaltecendo o magistério de Francisco Campos:

> **É preciso ter em perspectiva** que o exercício da jurisdição constitucional, por esta Suprema Corte, **tem por objetivo preservar a supremacia** da Constituição, **o que põe em evidência** a dimensão **essencialmente** política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal – **compreendida** a expressão "dimensão política" **em seu sentido helênico** (...) -, **pois**, no processo de indagação constitucional, **reside a magna prerrogativa** outorgada a esta Corte **de decidir**, em última análise, **sobre a própria** substância do poder.
> **Daí a precisa observação** de FRANCISCO CAMPOS ("**Direito Constitucional**", vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), **cujo magistério** enfatiza, **corretamente**, que, **no poder de interpretar**, **inclui-se** a prerrogativa de formular **e** de revelar o próprio sentido do texto constitucional. **É que** - segundo a lição desse eminente publicista - "**O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la**. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte. (grifos no original).

Teria perdido a força e o sentido o princípio da separação dos Poderes, que na Constituição brasileira integra o seu núcleo imodificável? Seria necessário revisitar Montesquieu?

---

[184] STF – MS 26.603 – trecho do voto do ministro Celso de Mello.

No século XVIII, Montesquieu ressaltou a importância da divisão de poderes como uma garantia da liberdade do cidadão. Tinha em conta, na verdade, mais um preceito de arte política do que um princípio jurídico[185]. A ideia central não era a separação dos Poderes, em si, mas a inibição de um pelo outro de forma recíproca.

Nesse contexto, o próprio Montesquieu pregava a necessária neutralidade do Poder Judiciário. Dizia ele: “dos três poderes mencionados, o de julgar é em certo modo nulo”. Com efeito, a neutralização do Judiciário era uma importante peça na engrenagem do Estado burguês, ao longo de todo o século XIX. Esse papel “instrumental” do juiz visava, em última análise, um ambiente de paz social, com segurança jurídica, entendida como um resultado previsível e coerente obtido a partir da aplicação imparcial e serena da lei.

Tal situação sofreu modificações no Estado Social, no seio do qual nasceram as liberdades positivas, que reafirmavam as várias dimensões da igualdade, sobretudo a igualdade nas condições de acesso à plena cidadania. Esse contexto afetou consideravelmente a função do Judiciário que passou a ter responsabilidade na concretização das promessas. Assim, houve, de certa forma, uma “politização” do juiz, afinal o juiz não é um funcionário da burocracia estatal, mas, um agente do poder estatal.

Essa leitura coincide com a superação do tratamento dos juizes como “bocas da lei” (*la bouche qui prononce les paroles de la loi*), próprio da escola da exegese. Evidentemente, não estamos a tratar desse contexto. Hans Girard[186], publicou, em 1982, um livro de título sugestivo – “*Despedindo-se de Montesquieu*”, no qual afirma que o princípio da divisão de poderes não tem hoje a mesma relevância de outras épocas.

---

[185] FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. “O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?” . Revista USP.
[186] GIRARD, Hans. Apud FERRAZ. Op. cit.

2.1 A superação do modelo clássico de separação de Poderes e da teoria do "legislador negativo"

Há que se concordar com a mudança de significação do princípio, mas não há como discordar de sua utilidade quando trata da vigilância mútua, no sentido de impedir excessos.

Evidentemente, não se defende o modelo estático no qual o juiz não pode, em nenhuma hipótese, cruzar a fronteira e criar normas, com receio de atentar contra a soberania popular.

A jurisdição constitucional vive, pois, um novo e dinâmico contexto, deslocada que foi da seara "negativa" do Estado liberal (aspecto das liberdades públicas) para a seara "positiva", típica do Estado social.

É nesse contexto "positivo" que surgem as novas categorias, institutos e técnicas da jurisdição constitucional, para além da teoria do "legislador negativo". São exemplos dessas técnicas a interpretação conforme a Constituição e a modulação de efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

André Ramos Tavares é enfático em apontar a necessidade de superação do paradigma do "legislador negativo" por pura incompatibilidade com as novas técnicas que se exige da jurisdição constitucional. Assim, afirma Tavares[187]:

> A superação da teoria do legislador negativo é, portanto, não apenas um capricho acadêmico, mas uma imposição decorrente da evolução ocorrida na realidade (inclusive normativo-constitucional, mas também jurisprudencial) da Justiça Constitucional. Impõe-se a tarefa doutrinária de aprimorar conceitos, institutos e a própria teoria subjacente à atuação cada vez mais sensível da Justiça Constitucional. A manutenção de uma teoria de separação rigorosa entre "Poderes" servirá apenas para mascarar uma realidade totalmente diversa, formando-se uma teoria desajustada e

---

[187] TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como "legislador negativo" em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC). Belo Horizonte: Ed. Fórum. nº 15, jul/ago 2010, p. 119.

> incompleta em sua função de oferecer respostas adequadas às dificuldades emergentes do modelo.

(...)

> Assim, as técnicas de decisão próprias da Justiça Constitucional, como a chamada interpretação conforme a Constituição, ou as chamadas sentenças aditivas, manipulativas e interpretativas, assim, como a chamada declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade são técnicas que abandonam por completo e abertamente o contexto no qual se falava de um mero “legislador negativo”.

Por óbvio, não se está a defender a atuação de um livre e descontrolado “legislador positivo” judicial, cujas decisões contemplem exclusivamente opções políticas.

Não custa lembrar, não faz muito tempo, que o próprio STF fez menção expressa aos paradigmas de legislador negativo e positivo no julgamento da ADI 1.822/DF[188]. Nesse julgamento, da relatoria do ministro Moreira Alves, a inconstitucionalidade da norma não foi declarada por entender o STF que acolher o pedido significaria sua indevida atuação como “legislador positivo”:

> Quanto ao primeiro pedido alternativo sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9504/97 impugnados, a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como **legislador negativo** e não como **legislador positivo**.

Somos, na verdade, contrários ao manejo das técnicas de decisão postas à disposição da Jurisdição Constitucional com o objetivo de contornar as limitações ao ímpeto legiferante das Cortes.

Especialmente nas questões de caráter político, seria importante haver, por parte da Suprema Corte, especial deferência ao legislador. A nosso ver, o STF já trilhou, equivocadamente, o caminho da interferência excessiva. Mais adiante, no exame de casos concretos, trataremos dessa questão.

---

[188] ADI 1.822–DF Julgamento: 25/6/1998 DJ: 10/12/1999 - Tribunal Pleno http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1822&processo=1822

3. As técnicas de decisão

Superadas as visões clássicas e estáticas de separação de Poderes, bem como o paradigma do "legislador negativo", é necessário reconhecer a ocorrência de excessos, bem como a inexistência de mecanismos de controle (afora a autocontenção).

Quanto mais bem compreendidas forem as bases conceituais das técnicas de decisão, mais próximos estaremos do aperfeiçoamento do sistema. Passemos ao exame das técnicas de decisão postas à disposição pelo próprio legislador à jurisdição constitucional.

A categorização das técnicas de decisão não se apresenta uniforme na doutrina. Faremos, nesse artigo, uso da classificação proposta por Meyer[189]:

• **Sentenças interpretativas**: intepretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade sem redução de texto;

• **Sentenças modificativas:** aditivas e substitutivas;

• **Sentenças transitivas**: sentenças de modulação temporal, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador ("lei ainda constitucional").

3.1 Sentenças Interpretativas

Genericamente, o propósito das sentenças interpretativas é a limitação ou a restrição do âmbito normativo da norma sujeita ao controle de constitucionalidade. Passemos às espécies:

[189] MEYER, Emílio Peluso Neder. A Decisão no Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Método, 2008. (Coleção Professor Gilmar Mendes; 9). p. 40. .

3.1.1 Interpretação conforme a Constituição

O emprego dessa técnica visa a estabelecer uma interpretação que seja compatível com a Constituição, evitando uma declaração de inconstitucionalidade.

Na Europa, a primeira decisão que aplicou a técnica de interpretação conforme à Constituição ocorreu em 1953, pelo Tribunal Constitucional alemão.

Ao contrário do que ocorre no direito brasileiro, que possui previsão legal dessa técnica (art. 28 da Lei nº 9.868/1999), seu emprego na Alemanha decorre de mera construção jurisprudencial. Em outras nações europeias, tais como Itália, Espanha e Portugal, é também largo seu emprego.

A técnica da interpretação conforme a Constituição é também, por vezes, utilizada pela Suprema Corte Norte Americana ("*constitutional avoidance"*). Segundo Tavares[190], citado por Meyer, seu uso é visto como uma forma de reverenciar o legislador democrático, utilizando com parcimônia o poder de fulminar as leis.

No Brasil, antes mesmo de ter sido formalmente incorporada ao ordenamento jurídico, o STF já admitia seu uso.

No julgamento da Representação nº 1.417-DF[191], de relatoria do ministro Moreira Alves, ocorrido em 9/12/1987, já se fez uso da técnica. Observemos que a Ementa (abaixo transcrita) aborda duas questões relevantes: uma já tratada nesse artigo – o paradigma do legislador negativo - e a questão do limite da técnica.

> O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO (VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG) E PRINCÍPIO QUE SE SITUA NO ÂMBITO DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE, E NÃO APENAS SIMPLES REGRA DE INTERPRETAÇÃO. A APLICAÇÃO DESSE PRINCÍPIO SOFRE, POREM, RESTRIÇÕES, UMA VEZ QUE, AO DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DE UMA LEI EM TESE, O S.T.F EM SUA FUNÇÃO DE CORTE

---

[190] TAVARES, André Ramos. Apud MEYER, Emílio Peluso Neder. Fronteiras da hermenêutica constitucional, p. 136.
[191] http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2803880/representacao-rp-1417-df-stf

CONSTITUCIONAL - ATUA COMO LEGISLADOR NEGATIVO, MAS NÃO TEM O PODER DE AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO, PARA CRIAR NORMA JURÍDICA DIVERSA DA INSTITUIDA PELO PODER LEGISLATIVO. POR ISSO, SE A ÚNICA INTERPRETAÇÃO POSSIVEL PARA COMPATIBILIZAR A NORMA COM A CONSTITUIÇÃO CONTRARIAR O SENTIDO INEQUIVOCO QUE O PODER LEGISLATIVO LHE PRETENDEU DAR, NÃO SE PODE APLICAR O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO, QUE IMPLICARIA, EM VERDADE, CRIAÇÃO DE NORMA JURÍDICA, O QUE E PRIVATIVO DO LEGISLADOR POSITIVO.

3.1.1.1 Aplicação

Não deve a Corte Constitucional declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada, mas apenas indicar a interpretação, dentre as várias possíveis, que é considerada compatível com a Constituição.

Assim, a Corte para "salvar" a norma afirma que ela é constitucional "**desde que**" seja interpretada da forma indicada.

Dimitri Dimoulis[192] afirma que a "interpretação conforme" cria um "adendo" à norma, uma declaração interpretativa, incorporando a interpretação correta ao texto.

No tocante à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, dependerá do caminho adotado pela decisão: se adotada uma intepretação consentânea com a Constituição, fazendo uso de adendos do tipo "desde que", a norma deverá ser declarada constitucional. Caso a Corte aponte intepretações incompatíveis com a Constituição, deverá haver a declaração de inconstitucionalidade parcial. Não havendo interpretações consoantes à Carta, será incabível a "intepretação conforme".

Em síntese, Dimoulis apresenta duas "versões" para a técnica. A versão **negativa**, quando a Corte exclui uma ou mais interpretações, conferindo ampla liberdade ao aplicador da lei para as situações admitidas. E a versão **positiva,** em que a Corte aponta a interpretação correta, limitando o grau de liberdade do

---

[192] DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional. São Paulo: Atlas, 2011. p.268.

aplicador. A versão negativa seria a mais adequada à visão clássica da Separação de Poderes.

3.1.1.2 Os limites da Interpretação conforme a Constituição

Importantíssima questão que se coloca é o estabelecimento de limites para a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição.

Destacam-se dois limites:

Não contrariar o texto da lei;

Observar a finalidade pretendida pelo legislador.

Evidentemente, não seria razoável lançar mão de uma interpretação "*contra legem*" para "salvar" a lei. Gilmar Mendes[193] assevera:

> "(...) não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador".

A questão não é simples. Mesmo o Tribunal Constitucional alemão procurando reconhecer a existência de limites, Mendes[194] noticia casos em que houve inobservância de tais limites:

> Fica evidente, pois, que o Bundesrverfassungsgericht, muitas vezes não confere maior valor ao significado histórico da lei e à sua expressão literal, outorgando à norma sentido contrário àquele pretendido pelo legislador, o que acaba por impor à Administração o dever de aplicar a lei com o sentido diverso do originário. A proteção que se pretende assegurar à vontade do legislador converte-se, assim, no seu contrário.

3.1.1.3 Aplicabilidade a Emendas Constitucionais

A princípio, não vislumbramos maiores incoerências na aplicabilidade da técnica da interpretação conforme a Constituição a espécies normativas distintas da lei ordinária, tais como Emendas à Constituição.

---

[193] MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 290.
[194] MENDES, Gilmar. Op. Cit. 2005. p. 263.

Idp MESTRADO

O próprio Supremo já teve oportunidade de decidir desse modo. Foi no caso da julgamento da ADI nº 3.685/DF, que discutia a constitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional nº 52, de 2006, que pretendia afastar qualquer limitação ao regime de coligações partidárias, o qual havia sofrido, por decisão infralegal do Tribunal Superior Eleitoral, a menos de um ano da eleição, a imposição de observância de vinculação da coligação partidária nas esferas da Federação, situação conhecida como "vertizalização das coligações". Entendera a Corte Superior eleitoral, naquela ocasião, que o "caráter nacional" dos partidos políticos (CF/88; art. 17, I) obrigaria tal vinculação, o que rompeu uma sólida jurisprudência, a poucos meses da eleição. Tal fato causou considerável e indesejável turbulência no processo eleitoral.

O Congresso Nacional, por sua vez, reagiu quatro anos depois aprovando a EC nº 52, de 2006, para conferir a mais ampla liberdade aos partidos políticos a fim de que estabelecessem o regime de coligações – proporcionais ou majoritárias – de acordo com suas estratégias políticas nacionais e locais.

Ocorre que a Emenda à Constituição, da mesma forma que o ato infralegal do TSE, foi promulgada a menos de um ano do pleito de 2006. O STF decidiu, valendo-se da técnica da interpretação conforme, que a Emenda à Constituição também deveria se submeter ao princípio da anualidade (CF/88; art. 16).

Assim, consideramos superada a questão sobre a aplicabilidade da técnica de interpretação conforme a Constituição a espécies normativas distintas da lei ordinária, especialmente a Emenda à Constituição.

> "A inovação trazida pela EC 52/2006 conferiu *status* constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, Rel. Min. **Octavio Gallotti**, *DJ*

> de 12-2-1993). Enquanto o art. 150, III, *b*, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, Rel. Min. **Sydney Sanches**, *DJ* de 18-3-1994), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e 'a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral' (ADI 3.345, Rel. Min. **Celso de Mello**). Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/1993 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. Pedido que se julga procedente **para dar interpretação conforme** no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/2006 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência." (**ADI 3.685**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 22-3-2006, Plenário, *DJ* de 10-8-2006.)

3.1.1.4 Efeito vinculante – aplicável?

Meyer enxerga riscos de engessamento na aplicação do efeito vinculante às decisões tomadas com base na técnica da interpretação conforme à Constituição. Para Meyer[195], outras Cortes e juízes ordinários deveriam poder realizar interpretações diversas das que fez o Supremo, e ainda assim, serem consideradas constitucionais.

Lênio Streck[196] compartilha a mesma opinião:

> Sendo a interpretação conforme a Constituição uma forma adaptativa corretiva, e por vezes, criadora de novos sentidos, e, portanto dela não resulta a expunção da lei do ordenamento, mas ao contrário, recupera-se sob uma nova forma, uma decisão em sede de controle concentrado que adota interpretação conforme, não pode ter efeito vinculante! Nesse sentido a avaliação de Jorge Miranda é definitiva: Se o Tribunal não concluir pela existência de inconstitucionalidade com base em certa interpretação conforme a Constituição, esta não obriga nenhum tribunal ou nenhuma autoridade e, assim, pode

---

[195] MEYER, Emílio P. N. Op. Cit. p. 62.
[196] STRECK, Lênio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. p. 619.

uma interpretação não querida pelo Tribunal vir a ser adotada na prática por outro tribunal ou por juízes ordinários.

Dimoulis[197], por sua vez, não considera relevante o risco de engessamento interpretativo em razão do efeito vinculante. Entende que nada impediria o STF de rever, no futuro, sua posição, declarando inconstitucional norma inicialmente submetida à interpretação conforme ou declarando-a irrestritamente constitucional, já que suas decisões não fazem coisa julgada material.

Alinhamo-nos, nessa questão, com Meyer e Streck, no sentido de que deveria ser inaplicável o efeito vinculante, previsto no parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868, de 1999.

3.1.1.5 Caso PSD – distribuição do direito de antena entre partidos. Exemplo de decisão contra legem.

Um dos efeitos colaterais da decisão do STF e TSE sobre fidelidade partidária – ainda que justificável sob o argumento da violação ao princípio democrático, o qual pressupõe a existência de oposição política, que, no contexto da época, estava a sofrer cooptação de agremiações governistas -, foi a instituição de verdadeiras "janelas" de infidelidade.

A Resolução TSE nº 22.610[198] consignou como justa causa para desfiliação partidária a migração do eleito para um partido novo. A partir daí, vislumbrou-se uma verdadeira "janela" para romper o engessamento das forças políticas provocado pela decisão.

---

[197] DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Op. Cit. p. 270.
[198] Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.
§ 1º - Considera-se justa causa:
I) incorporação ou fusão do partido;
II) criação de novo partido;
III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
IV) grave discriminação pessoal.

Idp MESTRADO

Ocorre que o partido criado no decorrer da legislatura (PSD - Partido Social Democrático) – com fulcro na Resolução do TSE – não atendia os critérios legais de repartição proporcional de recursos de propaganda eleitoral, restando impedido de participar da distribuição. O critério legal para divisão do tempo de rádio e televisão, e dos recursos do Fundo Partidário é o resultado obtido nas urnas nas últimas eleições para a Câmara dos Deputados.

A solução dada pelo legislador para esvaziar o transfuguismo observado anos antes no Congresso Nacional foi justamente fixar a composição das bancadas na data das eleições como fator de definição da distribuição dos recursos entre as legendas. Eventuais transferências no transcurso da legislatura não interferiam nos cálculos.

Ora, a decisão do Supremo não contava com esse "efeito colateral". Buscava-se a moralização dos costumes políticos com a inclusão forçada das regras de fidelidade partidária, mas acabou-se criando um grave imbróglio.

A lei nº 9.504, de 1997, que na ADI 1.822 não foi alterada em face de o STF não se considerar um legislador positivo, acabou sendo anos mais tarde, pelo mesmo STF, agora na ADI 4.430.

O que dizia a lei (art. 47):

> § 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios :
> I - um terço, igualitariamente;
> II - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.
> § 3º Para efeito do disposto neste artigo, a representação de cada partido na Câmara dos Deputados é a resultante da eleição.

O que disse o STF na ADI 4.430, por meio do uso da interpretação conforme:

> "dar interpretação conforme a Constituição ao inciso II do § 2º do art. 47, com o fim de assegurar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos 2/3 do tempo destinado à

> propaganda eleitoral no rádio e na televisão, **considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais tiverem sido eleitos para a nova legenda na sua criação**”.

Na verdade, a decisão do STF foi claramente *contra legem*, tendo em vista que a literalidade da lei e a intenção do legislador era que o critério definidor fosse fixado, temporalmente, na data da eleição, e não no decorrer da legislatura, justamente para resguardar as composições das bancadas. Pois bem, o STF, valendo-se da interpretação conforme, decidiu que as bancadas deveriam ser aferidas ao longo da legislatura.

A nosso ver, houve, nesse caso, clara violação aos parâmetros doutrinários limitadores da técnica de interpretação conforme à Constituição.

3.1.2 Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto

Trata-se de uma outra modalidade das chamadas “sentenças interpretativas”. Ao empregar essa técnica, a Corte Constitucional deve julgar procedente o pedido de inconstitucionalidade, em face do reconhecimento da inconstitucionalidade da aplicação da norma em situação específica.

Como a própria denominação da técnica deixa claro, não há eliminação de trechos da norma. Por questões ínsitas à própria redação, a eliminação dos excertos poderia afetar o texto em situações de constitucionalidade.

Em uso na Alemanha desde 1954, as decisões que empregam essa técnica costumam ostentar a expressão “desde que” (*soweit*) na introdução.

Na verdade, há fortes semelhanças entre a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e a própria interpretação conforme a Constituição. Em comum, há o fato de que nenhum dispositivo legal é afetado. O texto continua incólume, sob o aspecto formal, em decorrência da aplicação das duas técnicas.

Uma diferença conceitual, para Dimoulis[199], consiste em que a interpretação conforme censura certas possibilidades de interpretação (premissa maior do silogismo jurídico), enquanto a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto se atém às hipóteses de aplicação (premissa menor do silogismo), já considerada resolvida a interpretação da premissa maior.

Como exemplo prático podem-se mencionar os casos de dispositivos que estabelecem a entrada em vigor de uma lei tributária ou eleitoral – submetidas a uma *vacatio legis* obrigatória. Ora, não há dúvidas sobre a lei em si, mas apenas quanto às hipóteses de entrada em vigor. Esse seria o caso de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e não de interpretação conforme.

3.2 Sentenças Modificativas

Também referidas como manipulativas (sem qualquer conteúdo negativo associado ao termo), dividem-se em sentenças aditivas e modificativas.

Com larga utilização na Itália, o emprego dessa técnica leva a Corte a inserir uma disposição na norma incompleta com vista a sanar a inconstitucionalidade.

Vale mencionar, a título de exemplo, o clássico caso em que o STF determinou a aplicação da lei de greve do setor privado aos movimentos protagonizados por servidores públicos, cuja lei específica jamais foi editada pelo Congresso Nacional.

Em que pese se tratar de denso e instigante tema, não abordaremos as sentenças modificativas (manipulativas) no presente artigo.

---

[199] DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Op. Cit. p. 272.

3.3 *Sentenças Transitivas*

Nesse capítulo, trataremos dos efeitos temporais de decisões de inconstitucionalidade, da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e do apelo ao legislador.

3.3.1 Efeitos temporais.

O caso *Linkletter vs. Walker* (381 US 618 – 1965), decidido pela Suprema Corte do *Chief Justice* Earl Warren é o caso clássico de superação do dogma da nulidade absoluta, no qual uma lei inconstitucional já nasce morta, levando ao fortalecimento das sentenças de modulação temporal.

Razões de segurança jurídica e de racionalidade do sistema judicial parecem impor a necessidade do uso de tais técnicas. Em que pese o uso parcimonioso, as possibilidades de cometimento de arbitrariedade são consideráveis. As contradições com o caso *Mapp vs. Ohio* (367 U. S. 643) ilustram bem essa questão.

No caso brasileiro, o art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, a modulação de efeitos contém expressa previsão.

O contexto brasileiro é particularmente rico em casos nos quais se aplicou essa técnica, tanto no controle concentrado quanto no controle difuso. O tema comporta um estudo específico e aprofundado.

3.3.2 Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade

Por meio dessa técnica, a Corte Constitucional reconhece a inconstitucionalidade de uma norma, mas não a retira, de imediato, do ordenamento jurídico. A justificativa para essa separação entre inconstitucionalidade e nulidade é o fato de que a retirada da norma poderia resultar em maior prejuízo do que a própria lei considerada inconstitucional.

Nesse caso, diferentemente do apelo ao legislador, de que trataremos a seguir, aqui há verdadeira declaração de inconstitucionalidade.

Em geral, nesses casos, está em questão a violação ao princípio da igualdade, caríssimo em termos constitucionais. Mendes[200] é definitivo em sua explicação:

> A Corte Constitucional reconhece a legitimidade da aplicação provisória da lei inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica, tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja nessa fase intermediária, situação **ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente**.

O caso do salário mínimo brasileiro, cujos valores são fixados de modo insuficiente, é emblemático, pois a suspensão da lei agravaria a situação.

Há outro exemplo interessante e recente. O STF, em 2010, declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar nº 62, de 1989, que trata da divisão dos recursos do Fundo de Participação dos Estados (FPE). Nessa decisão (ADI 875, ADI 1987, ADI 3243 e 2727), foi reconhecida a inconstitucionalidade por omissão parcial, mas não houve a pronúncia da nulidade da norma, sendo mantida sua vigência por dois exercícios.

O Supremo considerou razoável o prazo de dois anos para que o Congresso Nacional revisitasse o tema e estabelecesse os novos critérios de divisão de recursos[201].

Ocorre que o prazo exauriu-se e o Congresso Nacional não editou a nova norma. Desse contexto, exsurgem várias questões: Em 2013, far-se-á a distribuição de recursos aos Estados membros com base na norma antiga? É exigível um novo pronunciamento do Supremo sobre a matéria?

A nosso ver, o caso se assemelha ao momento da apreciação da matéria pela Corte. Ora, haverá maior prejuízo para os Estados com a não

---

[200] MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional . p. 257.

[201] Embora tivesse o prazo de 35 meses para produzir uma nova legislação sobre o tema, o Congresso Nacional não o fez, deixando exaurir o prazo no qual o STF considerou razoável para manter a lei, embora inconstitucional, em vigor.

aplicação da norma considerada inconstitucional, sobretudo aqueles que mais dependem desses recursos. Sem dúvida, o prejuízo seria maior do que a distribuição realizada sob as regras antigas.

A situação afigura-nos assaz complexa, pois houve uma efetiva declaração de inconstitucionalidade e a não-pronúncia de nulidade foi acompanhada de um prazo (visto que não se tratou de mero apelo ao legislador). A rigor, após o prazo conferido, a norma foi excluída do ordenamento jurídico.

Ainda que esse prazo tenha sido estabelecido pelo Supremo em um contexto de ampla discricionariedade judicial, esse caso pode representar um divisor de águas na técnica de estabelecimento de prazos para o Parlamento. Não há dúvida quanto à existência de um verdadeiro impasse institucional. É fato, portanto, que o modelo de estabelecimento de prazos para o Congresso Nacional não tem sido efetivo na solução das questões.

Nessa questão específica do FPE, há de se reconhecer que o STF não se arvorou a estabelecer novos critérios de distribuição de recursos – o que seria naturalmente uma função política -, mas limitou-se à fixação de um prazo. Ainda assim, não foi atendido pelo Congresso.

Constata-se, nesse caso, a injustificável falha do Poder Legislativo em sua função precípua – legislar.

3.3.3 Apelo ao legislador

O apelo ao legislador também se insere como uma técnica pertencente ao gênero das sentenças intermediárias. Por meio dela, a Corte reconhece a constitucionalidade da norma, mas adverte o legislador de que são necessários ajustes, que se não realizados a tempo resultará numa inconstitucionalidade. Em outras palavras, há um "**processo de inconstitucionalização**" ou uma declaração de "lei **ainda** constitucional".

Um exemplo de apelo ao legislador, que, na verdade, constitui um *obiter dictum*, tendo em conta que não integra a parte dispositiva da decisão, ocorreu

no Mandado de Segurança nº 30.260-DF, no qual se discutiu a ordem de preenchimento das vagas pela suplência dos Deputados Federais – se pela ordem partidária da agremiação do titular ou pela ordem estabelecida conforme o resultado eleitoral da coligação.

Nesse julgamento, o ministro Gilmar Mendes afirmou:

> A coligação é um elemento de debilitação do sistema partidário. (...) A situação da coligação é ainda constitucional, mas sinalizo que ela está **em processo de inconstitucionalização**, decorrente da opção que fizemos em torno da infidelidade partidária.

3.3.3.1 Efeitos do Apelo ao legislador

Em primeiro lugar, o apelo ao legislador deve ser visto como uma admoestação, no sentido de um aviso, de um alerta ou de uma exortação, e não da reprimenda ou da censura.

Em segundo lugar, o apelo, juridicamente, não equivale a uma declaração de inconstitucionalidade por omissão, de sorte que a omissão do legislador em atender o apelo da Corte não implica o reconhecimento automático da inconstitucionalidade.

Nesse caso, torna-se indispensável um novo pronunciamento da Corte.

Conclusão

Ao mesmo tempo em que se deve reconhecer a insuficiência do modelo originalmente concebido pela Constituição Federal de 1988, sobretudo porque fundado no paradigma do legislador negativo, é forçoso reconhecer a existência de excessos legiferantes suscitados pelas técnicas criadas a partir da atualização legislativa de 1999.

Especificamente na seara político-eleitoral, tem-se verificado excessos, que são acompanhados, por certo, das melhores intenções, mas trata-se de uma área sensível, onde deveria haver maior deferência às opções do legislador.

Importante destacar que não se busca a insurgência contra uma outra técnica, nem se põe em cheque a estrutura de controle de constitucionalidade prevista constitucionalmente, mas vislumbramos espaço para aperfeiçoamento do sistema, dotando-o de mecanismos dialógicos e favorecendo um ambiente colaborativo entre os Poderes, substituindo a disputa de Poder por avanços sociais.

De qualquer forma, a atuação efetiva na esfera de atuação típica de cada um dos Poderes é indispensável. Se o Congresso Nacional não atuar quando exortado a legislar, tarefa na qual estaria exercendo plenamente sua competência, não haveria justificativa aceitável para uma alegada usurpação de função pelo Judiciário.

Situação diversa ocorre quando o Judiciário cria normas e “provoca” o Congresso Nacional a reagir mediante a aprovação de uma nova lei ou de uma Emenda Constitucional, que exige aprovação de sessenta por cento de seus membros, em dois turnos, em cada Casa.

Referências:

ACKERMAN, BRUCE. A Nova Separação de Poderes. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional. Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011. FGV.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. “O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?”

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 4ª edição, 2004.

______________. Estado de Direito e Jurisdição Constitucional. 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2012. Série IDP.

______________ e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, 7ª edição. Série IDP.

MEYER, Emílio Peluso Neder. A Decisão no Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Método, 2008. Coleção Professor Gilmar Mendes;9.

QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Coimbra Editora: 2000.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power. New York University Press. New York. 1997.

TAVARES, André Ramos. A Inconsistência do Tribunal Constitucional como "legislador negativo" em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC). Belo Horizonte: Ed. Fórum. Nº 15, jul/ago 2010.

EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

. Tito Souza do Amaral

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto a análise da evolução do instituto do controle da constitucionalidade das leis ao longo das Constituições que regeram o Brasil, desde a primeira, do Império, outorgada em 1824, até a última, promulgada em 1988. Para tanto, serão feitos apontamentos cronológicos, com foco no controle de constitucionalidade e a maneira com que o instituto foi tratado nas diversas Constituições. Com o intuito de tornar mais clara e compreensível a leitura interpretativa do texto, proceder-se-á à transcrição literal dos diversos dispositivos das Cartas Constitucionais e demais legislações citadas. Como o objetivo precípuo deste artigo é o estudo do controle de constitucionalidade, não serão abordados outros fatos históricos relacionados às Constituições, ainda que eventualmente também tenham importância, mas tão somente alguns acontecimentos pontuais necessários para um melhor entendimento do contexto histórico que se narra, ou que tenham alguma relação direta com o objeto de estudo.

Introdução

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, como é de amplo conhecimento, não se desenvolveu levando em conta a reprodução de apenas um dos dois modelos teórico-políticos comumente referidos – difuso norte-americano e concentrado europeu, pelo que se convive, nos dias atuais, simultaneamente os dois sistemas de controle. De um lado, o sistema objetivo, que tem na eliminação de uma lei contrária à Constituição seu objetivo principal e, de outro, sistema focado diretamente na defesa dos direitos fundamentais subjetivos.

No entanto, nem sempre prevaleceu este sistema eclético de controle de constitucionalidade adotado no país. Desde a primeira Constituição adotada no Brasil Império, outorgada em 1824, até a última, promulgada em 1988, muito aconteceu em matéria de controle de constitucionalidade no Brasil.

Nas próximas linhas será demonstrada a evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, desde o controle exercido pelo Poder Legislativo, até o controle jurisdicional misto da atual constituição de 1988, em que pese o processo de objetivação do controle difuso ser algo assente entre os estudiosos e cada vez mais nítido no sistema brasileiro de controle.

1 Constituição de 1824 e o controle de constitucionalidade pelo Legislativo

A Carta Imperial de 1824[202], em seu art. 15, nºs 8º e 9º, não contemplou qualquer sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade. A influência francesa de rígida separação entre os poderes deu ensejo a que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como velar na guarda da Constituição. Somando-se a isso o fato de o controle de constitucionalidade das leis estar em sua fase primordial, consagrava-se a soberania do Parlamento[203].

Destaca-se ademais, nesse momento histórico, a existência do Poder Moderador[204], cuja função era manter a independência, equilíbrio e harmonia

---

[202] Constituição Politica do Imperio do Brazil, de 1824: art. 15 – É da attribuição da Assembléa Geral: (...) VIII – Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as e rovogal-as. IX – Velar na guarda da Constituição e promover o bem geral do Nação.

[203] MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade da Lei. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade,* Brasília, a. 32, n. 126, p. 87, abr./jun. 1995.

[204] Constituição Politica do Imperio do Brazil, de 1824: art. 98 – O Poder Moderador é a chave de toda a organisação Politica, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independencia, equilibrio e harmonia dos demais Poderes Politicos.

dos demais poderes políticos – Legislativo, Executivo e Judicial[205] – e era delegado privativamente ao Imperador.

A respeito do Poder Moderador Celso Ribeiro Bastos afirma:

> Afonso Arinos revela que nenhum assunto foi mais bem estudado no Império do que o Poder Moderador. Diz ele: “Em torno da interpretação a ser dada aos artigos que o estabeleceram dividiam-se os melhores juristas imperiais, representantes das tendências liberal e conservadora. Visconde do Uruguai e o Marquês de S. Vicente, conservadores, sustentaram naturalmente a tese da concentração dos poderes arbitrais nas mãos do Imperador, negando a responsabilidade dos Ministros (portanto negando controle político do legislativo) sobre tais atos. Contrariamente, os escritores liberais, como Zacarias de Gois, defendiam a co-responsabilidade dos Ministros nos atos do poder moderador, como única forma de se evitar o poder pessoal do Imperador”[206].

Portanto, conforme entendimento de Lúcio Bittencourt, o fato de existir uma suprema inspeção sobre todos os demais poderes, é evidente que não seria possível um controle jurisdicional dos atos do Congresso, que só poderia ser atribuído, logicamente, ao Poder Moderador[207].

Por outro lado, não se pode negar a importância e os méritos de nossa primeira Constituição, vez que foi o Texto que mais tempo perdurou em nosso Direito Constitucional, sob o qual vigorou um regime que governou o país durante praticamente quase todo o século XIX, ainda que inexistindo um controle jurisdicional de constitucionalidade de leis.

---

[205] Constituição Politica do Imperio do Brazil, de 1824: art. 10 – Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

[206] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 157.

[207] LÚCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 28.

Idp MESTRADO

2 Constituição de 1891: influência norte-americana e a implantação do controle incidental

Com o advento do regime republicano, por outro lado, foi consolidado o modelo difuso de controle de constitucionalidade na Constituição de 1891, instaurando-se uma nova concepção, tendo em vista a forte influência do direito norte-americano sobre importantes personalidades artífices da Constituição, notadamente Rui Barbosa[208].

Importante mencionar que o primeiro ato após a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, foi a edição do Decreto nº 1, redigido por Rui Barbosa, que instituiu, provisoriamente, a forma de governo da nação brasileira, qual seja, a República Federativa[209].

Após, com a promulgação do Texto em 1891, novamente se revela a influência do direito, implantando no país de forma definitiva tanto a República quanto a Federação, conferindo autonomia às antigas províncias e, quanto à divisão dos poderes, retorna o clássico Executivo, Legislativo – Câmara dos Deputados e Senado Federal – e Judiciário, não havendo mais, portanto, espaço para o antigo Poder Moderador.

As alíneas *a* e *b* do § 1º do art. 59 da Constituição da República de 1891[210], determinava a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das justiças estaduais, em última estância, quando questionadas a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado fosse contra ela, ou quando contestada a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a

---

208 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 88.

209 BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 166.

210 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891: art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válido esses atos, ou essas leis impugnadas.

decisão do Tribunal estadual considerasse válidos esses atos ou essas leis impugnadas.

Em verdade, a Constituição apenas incorporou referidas disposições da Constituição Provisória de 22 de junho de 1890 e do Decreto nº 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal.

Quanto ao referido Decreto nº 848, de 11/10/1890, Celso Agrícola Barbi afirma que o diploma fixou dois importantes princípios sobre o controle de constitucionalidade, ao dispor no art. 3º que "na guarda e aplicação da Constituição e Leis Federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação das partes", consagrando, assim o controle por via de exceção mediante provocação dos litigantes. Ademais, em seu art. 9º, § 1º, alíneas *a* e *b,* regulou a competência do Supremo Tribunal Federal nos mesmos moldes da Constituição Provisória e que foi incorporado, também, pela Carta de 1891[211].

Primorosos foram os ensinamentos de Rui Barbosa a respeito da aplicação do novo sistema. Nos dizeres de Lucio Bittencourt, citando o grande jurista:

> "A relação é claríssima" – diz Rui Barbosa. "Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, *como das justiças dos Estados,* para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Sòmente se estabelece, a falar das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão dos tribunais do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Êste ou revogará a sentença, por não procederem as razões da nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, *a todos os tribunais*, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las ou desaplicá-las, segundo êsse critério"[212].

---

211 BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil,* in: NEQUETE, Lenine (coord.). *O Poder Judiciário e a Constituição,* Porto Alegre: Coleção AJURIS 4, 1977, p. 135.

212 LÚCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 29.

Três anos depois, a Lei nº 221[213], de 20 de novembro de 1894, que completou a organização da Justiça Federal da República, tornou ainda mais evidente o poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade, ao dispor no art. 13, § 10, que "os juízes e Tribunais não aplicarão aos casos ocorrentes as leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais"[214].

Estava solidificada, pois, a técnica da aferição incidental da constitucionalidade das leis pelos órgãos do Poder Judiciário no direito brasileiro. O legislador constituinte estava certo de que o controle de constitucionalidade não deveria ser efetivado por meio do sistema abstrato.

Em 1926 houve uma reforma constitucional que, embora tenha feito algumas alterações, não modificou a substância, melhorando o texto e tornando-o ainda mais claro, facultando o recurso para o Supremo Tribunal Federal sempre que se questionasse "sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição" e a decisão do Tribunal local lhes negasse aplicação (art. 60, § 1º, *a*)[215].

3 Constituição de 1934: competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional e o início do controle via ação direta

A Constituição de 1934, por sua vez, introduziu grandes avanços, realizando alterações marcantes no sistema de controle de constitucionalidade das leis, ao fixar, em seu art. 91[216], inc. IV, a competência do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, a execução de ato jurídico declarado

---

[213] Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894: art. 13, § 10 – Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.

[214] BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 135.

[215] LÚCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto. Op. cit., p. 29.

[216] Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934: art. 91 – Compete ao Senado Federal: (...) IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, determinou, em seu art. 179[217], que a declaração de inconstitucionalidade de lei pelos Tribunais dos Estados só poderia ocorrer mediante decisão proferida pela maioria da totalidade dos membros dos Tribunais, de molde a exaltar a segurança jurídica.

No entanto, pode-se considerar certo retrocesso ao regime democrático o papel outorgado, também ao Senado, disposto no art. 88 como órgão de coordenação dos demais poderes, numa espécie de reconstituição do Poder Moderador da época do Império, transformando a Câmara Alta do Parlamento em órgão supremo do Estado[218].

Isso não obstante, com as inovações, consolidava-se a tão controversa cláusula do Senado para emprestar efeito *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal e o quórum qualificado através da maioria absoluta na declaração de inconstitucionalidade das leis ou atos do Poder Público. Frise-se, por oportuno, que as disposições contidas na Constituição de 1891 foram todas mantidas (art. 76, III, *a* e *c*).

No tocante ao estabelecimento da cláusula do Senado no Texto Maior, brilhante é a passagem de Celso Agrícola Barbi:

> Grande novidade, porém, trouxe o art. 91, item IV, que atribuiu ao Senado competência para suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. Apesar da imprecisão, revelada na expressão “Poder Judiciário”, que levou a dúvidas quanto à hierarquia do órgão do Judiciário que tivesse declarado a inconstitucionalidade, o dispositivo era de grande alcance e correspondia a exigências decorrentes dos costumes da magistratura brasileira. É que, nos Estados Unidos, dada a submissão dos órgãos da Justiça à jurisprudência da Suprema Corte, submissão essa que deriva da formação tradicional dos países do *common law*, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte equivale, na prática, a inutilizá-la definitivamente, pois nenhum outro tribunal ou juiz irá aplicá-la, pela regra dos precedentes judiciários.
>
> Mas a formação individualista do povo brasileiro, que se reflete, naturalmente, em sua magistratura, torna esta infensa à regra dos precedentes. De modo que leis julgadas inconstitucionais

---

[217] Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934: art. 179 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais Declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

[218] BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 174.

pelo Supremo Tribunal Federal eram aplicadas por juízes não convencidos do acerto da decisão daquela alta Corte. Por outro lado, o sistema de declaração por via de exceção tem, logicamente, a consequência de que a decisão só vale entre as partes e na causa em que foi proferida, o que produzia multiplicação de demandas fundadas na mesma lei, uma vez que, apesar de declarada inconstitucional pela mais alta Corte do país, continuava ela em vigor.

A inovação trazida pelo citado art. 91, item IV, era feliz porque continha forma de dar efeitos *erga omnes* a uma decisão proferida apenas interpartes. Politicamente a fórmula encontrada era hábil, porque deixava de violar o princípio da independência dos Poderes, uma vez que a suspensão da execução da lei ficou na competência de um órgão do Legislativo[219].

Gilmar Mendes aponta, todavia, que a mais inovadora alteração introduzida pelo Texto de 1934 diz respeito à declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal[220], ou seja, a representação interventiva, de competência do Procurador-Geral da República, nos casos de ofensa, por parte dos Estados no ato de decretação de suas Constituições e leis mediante as quais seriam regidos, aos princípios insculpidos no art. 7º, I, *a* a *h* da Lei Maior[221].

Tratava-se de meio de composição judicial dos conflitos federativos que condicionava a eficácia da lei interventiva, cuja iniciativa era do Senado

---

[219] BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 136-137.

[220] Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934: art. 12 – A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) V – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h,* do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; VI – para reorganizar as finanças do Estado que, sem motivo de força maior, suspender, por mais de dois anos consecutivos, o serviço da sua dívida fundada; (...) § 1º - Na hipótese do nº VI, assim como para assegurar a observância dos princípios constitucionais (art. 7º nº I), a intervenção será decretada por lei federal, que lhe fixará a amplitude e a duração, prorrogável por nova lei. A Câmara dos Deputados poderá eleger o Interventor, ou autorizar o Presidente da República a nomeá-lo. § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento de lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

[221] Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934: art. 7º - Compete privativamente aos Estados: I – decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e organização dos Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões

Federal, à declaração de sua constitucionalidade pela Suprema Corte. O Texto vigeu por pouco tempo em razão das vicissitudes políticas que marcaram a época, mas pode ser considerado o marco histórico de enorme importância para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade por meio de ação direta no sistema jurídico pátrio[222]. Oportuno mencionar, também, que a Constituição de 1934 criou, em seu art. 113, nº 33[223], o instituto do mandado de segurança, remédio constitucional mediante o qual era lícito alegar a inconstitucionalidade de lei. Merece referência, mais uma vez, a posição firmada por Celso Agrícola Barbi:

> Essa hipótese, como se percebe, contém um processo de controle de constitucionalidade que difere alguma coisa do sistema de declaração por via de "exceção", mas sem constituir também, tipicamente, uma declaração por via de "ação". Não é por via de ação porque lhe faltam algumas características desta: a declaração da Suprema Corte não anula a lei, a ação não tem como objeto anular a lei. Mas difere da declaração por via de exceção, porque não surge no curso de uma demanda judicial qualquer, nem é simples fundamento do pedido: o pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade, e não a intervenção, pois esta não compete ao Supremo Tribunal, e nenhuma relação jurídica surge como objeto da demanda, como é o normal nas ações comuns.
> Indiretamente, a Constituição de 1934 concorreu grandemente para o desenvolvimento e aplicação do controle, ao criar, no art. 113, nº 33, o mandado de segurança, instituto destinado a facilitar ao cidadão a luta na defesa de direitos lesados por atos ilegais e inconstitucionais do Poder Público. Podendo ser nele alegada, como fundamento, a inconstitucionalidade da lei em que se fundou a autoridade para praticar o ato acoimado de lesivo ao cidadão, e dada a simplicidade e rapidez do seu processo, multiplicaram-se grandemente, as demandas em inconstitucionalidade de lei, firmou-se a consciência popular da eficácia das garantias constitucionais, familiariaram-se os juízes com os litígios relativos à inconstitucionalidade de leis[224].

---

222 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 90.

223 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934: art. 113, nº 33 – Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado, por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus,* devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.

224 BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 137-138.

Lamentavelmente, a Constituição de 1934 subsistiu somente por pouco mais de três anos, impedindo que toda a potencialidade nela contida alcançasse seu pleno desenvolvimento.

4 Constituição de 1937: retrocesso no instituto do controle de constitucionalidade

Em 1937 houve um Golpe de Estado no Brasil, pelo que uma nova Constituição passou a reger o país, desta vez outorgada, assim como a Constituição do Império de 1824.

O motivo que levou ao golpe, basicamente, foi o descompasso entre a Constituição anterior, de 1934, que tinha características bastante liberais em suas disposições, comparadas à realidade pela qual o país atravessava, com dificuldades e crises de toda ordem nos anos subsequentes à sua promulgação, o que resultou numa patente vulnerabilidade que o tornou possível. Foi outorgada, então, a Constituição de 1937, inspirada no modelo fascista e, consequentemente, de característica notadamente autoritária[225].

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade, embora tenham sido mantidos, no art. 101, III, *a* e *b*[226]*,* os princípios vigentes na Carta de 1891, com relação ao modelo difuso de controle, bem como a exigência do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal para a declaração de inconstitucionalidade no art. 96, a Carta de 1937 rompe veementemente com a tradição jurídica brasileira ao introduzir no parágrafo único do art. 96[227],

---

[225] BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 179.

[226] Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937: art. 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III – julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado.

[227] Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937: art. 96 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o

princípio segundo o qual o Presidente da República, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei, poderia submetê-la novamente ao Parlamento e, caso dois terços dos integrantes de cada uma das Câmaras – àquela época o Parlamento era composto por duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal, esta última em substituição ao Senado – votassem pela validade da lei, tornava-se sem efeito a decisão do Tribunal. O motivo justificador da reapreciação da lei declarada inconstitucional pelo Parlamento era o juízo positivo feito pelo Chefe do Executivo, de ser a lei necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta[228].

Era uma enorme perda para o Poder Judiciário no que diz respeito ao controle de constitucionalidade que, como bem asseverou Celso Ribeiro Bastos, foi reduzido a quase nada. Esta particular forma de revisão da decisão judicial que declara a inconstitucionalidade, dizia o constitucionalista, resultava na alteração da própria Constituição, numa espécie de – na hipótese de confirmação pelo Parlamento o caso submetido pelo Presidente, tornando sem efeito a decisão do Tribunal – ter a lei força de emenda constitucional[229].

Do mesmo modo, melhor sorte não teve o mandado de segurança, que na Constituição passada se traduzia em eficaz meio processual para o controle de constitucionalidade, foi ele retirado da Carta de 1937 e rebaixado à legislação ordinária. Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 319[230], excluiu da apreciação judicial, por meio do mandado de segurança, os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Governadores e dos Interventores de Estados, o que contribuiu sobremaneira para a redução da atividade do controle de constitucionalidade[231].

Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

228 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 91.

229 BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 182.

230 Código de Processo Civil, de 1939: art. 319 – Dar-se-á mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

231 BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 138-139.

A Constituição de 1937, portanto, nas palavras de Lúcio Bittencourt, “regredindo ao sistema de freios e contrafreios, procurou atenuar os inconvenientes da supremacia do Judiciário”[232].

5 Constituição de 1946: resgate da tradição do controle judicial

A Constituição de 1946, de outra sorte, ressuscitou toda a potencialidade contida nas disposições da Carta de 1934 que, conforme já mencionado, não teve tempo para se desenvolver plenamente, mantendo, com modificações pontuais, todos os seus princípios, restaurando a tradição do controle jurisdicional brasileiro.

Em seu art. 101, inc. III, alíneas *a, b, c* e *d*[233]*,* disciplinou a apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, de recursos extraordinários – com relação às alíneas *b* e *c,* manteve as disposições existentes desde a Carta de 1891. Já no art. 200[234], foi mantida a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade.

Com relação à competência do Senado Federal para suspender lei declarada inconstitucional, a disposição foi mantida no art. 64[235], porém, aprimorando-se a técnica legislativa com uma melhora de redação com relação ao Texto de 1934 – que falava em lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário –, especificando-se que seria nos casos de declaração pelo Supremo Tribunal Federal.

---

[232] LÚCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto. Op. cit., p. 30.

[233] Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946: art. 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III – julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou de ato de governo local em face desta Constituição, ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe seja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

[234] Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946: art. 200 – Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.

[235] Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946: art. 64 – Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Dúvidas surgiram acerca da possibilidade de o Senado também suspender leis estaduais e municipais, ou se somente poderia o fazer com relação às leis federais. Sedimentou-se a orientação de que poderia a Câmara Alta do Parlamento suspender todas as espécies legislativas, desde que declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte[236]. A propósito, a simples leitura do dispositivo indica que a única exigência seria a declaração de inconstitucionalidade por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não havendo qualquer especificação sobre se a lei seria federal, estadual ou municipal.

A Carta de 1946 também deu nova roupagem à declaração de inconstitucionalidade por via da ação direta, originalmente lançado na Constituição de 1934. Nos termos do art. 8º, parágrafo único[237], a matéria deveria ser submetida pelo Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal para efeitos de intervenção federal, que subordinava-se à declaração de inconstitucionalidade do ato pela Suprema Corte. No art. 7º, inc. VII[238], manteve-se a possibilidade de intervenção federal nos estados para assegurar a observância de determinados princípios elencados nas alíneas *a* a *g*, da Carta, assim como no Texto de 1934. Por fim, no art. 13[239], foi estabelecida a competência do Congresso Nacional, que se limitava a suspender a execução do ato declarado inconstitucional, caso essa medida fosse bastante para o restabelecimento da normalidade no estado.

---

[236] BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 140-141.

[237] Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946: art. 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nºs VI e VII do artigo anterior. Parágrafo único – No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.

[238] Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946: art. 7º - O Governo Federal não intervirá nos Estados salvo para: (...) VII – assegurar a observância dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas às funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato; e) autonomia Municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário.

[239] Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946: art. 13 – Nos casos do art. 7º, nº VII, observado o disposto no art. 8º, parágrafo único, o Congresso Nacional se limitará a suspender a execução do ato argüido de inconstitucionalidade, se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade no Estado.

Em 22 de julho de 1954 foi publicada a Lei nº 2.271[240], que disciplinava este caso de declaração de inconstitucionalidade, denominando-o de arguição de inconstitucionalidade ou representação de inconstitucionalidade. A primeira fase era processada na Procuradoria-Geral da República. Submetida a ação ao Supremo Tribunal Federal, tomava o rito do mandado de segurança. Posteriormente, em 01 de junho de 1964, a Lei nº 4.337[241] a revogou, modificando o procedimento então adotado, determinando que, após a arguição – cujo prazo para o PGR apresentá-la perante o STF era de trinta dias, no caso de representação que lhe fosse dirgida –, o relator ouvisse sobre as razões de impugnação do ato, no prazo de trinta dias, os órgãos que o tivessem elaborado ou expedido. A oitiva da parte, que antes era processada na PGR, passou, portanto, a ser processada no STF. Era admitido, também, o julgamento imediato do feito, em caso de urgência e relevância de interesse de ordem pública.

Importante ressaltar que, embora o constituinte tenha outorgado a titularidade da ação direta (arguição de inconstitucionalidade) ao Procurador-Geral da República, que teve ampla utilização no regime constitucional de 1946, a disciplina da representação interventiva já figurava na Carta de 1934, uma particular modalidade de composição de conflito entre Estado e União e

---

[240] Lei nº 2.271, de 1954: art. 1º - Cabe ao Procurador Geral da República, toda vez que tiver conhecimento da existência de ato que infrinja algum dos preceitos assegurados no art. 7º, inciso VII, da Constituição Federal, submeter o mesmo ao exame do Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único – Havendo representação de parte interessada, a qual deverá ser em 2 (duas) vias, o ato argüido de inconstitucionalidade será, submetido pelo Procurador Geral da República ao Supremo Tribunal Federal ao Supremo Tribunal Federal, dentro de 90 (noventa) dias, a partir de seu recebimento. Art. 2º - Nesse prazo, por 45 (quarenta e cinco) dias improrrogáveis, contados da comunicação da respectiva assinatura, o Procurador Geral da República ouvirá, sobre as razões da impugnação do ato, os órgãos que o tiverem elaborado, ou expedido. (...) art. 4º Aplica-se ao Supremo Tribunal Federal o rito do processo do mandado de segurança, de cuja decisão caberá embargos caso não haja unanimidade.

[241] Lei nº 4.337, de 1954: art. Se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado, o Procurador-Geral da República terá o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar a argüição perante o Supremo Tribunal Federal. Art. 3º O relator que for designado ouvirá, em 30 (trinta) dias, os órgãos que hajam elaborado ou praticado o ato argüido e, findo esse termo, terá prazo igual para apresentar o relatório. (...) art. 5º - Se, ao receber os autos, ou no curso do Processo, o Ministro Relator entender que a decisão de espécie é urgente em face de relevante interesse de ordem pública, poderá requerer, com prévia ciência das partes, a imediata convocação do Tribunal, e este, sentindo-se esclarecido, poderá suprimir os prazos do artigo 3º desta lei e proferir seu pronunciamento, com as cautelas do artigo 200 da Constituição Federal.

deve ser considerada uma mera representação processual, ao passo que a Suprema Corte exercia a função de árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade[242].

Ademais, a Constituição não manteve a disposição contida no art. 96 da Carta de 1937, que permitia o Presidente da República, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei, submetê-la novamente ao Parlamento. Estava consagrado, portanto, o retorno da influência da doutrina norte-americana no direito brasileiro.

Por tais razões relacionadas ao controle de constitucionalidade e também por diversas outras dispostas no Texto – Constituição manifestamente republicana, federativa e democrática, que mais prestigiou o municipalismo, enaltecedora dos três poderes e dos direitos individuais –, alguns juristas consideram a Constituição promulgada em 1946 como a melhor que o país já teve. Lê-se, por exemplo, em Bastos:

> A Constituição de 1946 se insere entre as melhores, senão a melhor, de todas que tivemos. Tecnicamente é muito correta e do ponto de vista ideológico traçava nitidamente uma linha de pensamento libertária no campo político sem descurar da abertura para o campo social que foi recuperada da Constituição de 1934.
> Com isto, o Brasil procurava definir o seu futuro em termos condizentes com os regimes democráticos vigentes no Ocidente, da mesma forma que dava continuidade à linha de evolução democrática iniciada durante a primeira República. Era, portanto, um reencontro do País com suas origens pretéritas, saltando-se o obscuro período de Estado Novo[243].

5.1 Emenda Constitucional nº 16, de 1965: consolidação do controle de constitucionalidade abstrato

Desde a promulgação da Constituição em 1946, até o ano de 1961, ela tinha sofrido apenas três emendas, tendo uma vida bem calma, mas, a partir desta data, 1961, tem início uma série de crises na vida institucional do país, o

---

242 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 92-94.
243 BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 188.

que resultou em diversas emendas à Constituição. Para demonstrar o momento conturbado no país, cita-se a Emenda nº 4, de 02 de setembro de 1961, instituiu o sistema parlamentar de governo e a Emenda nº 06, de 23 de janeiro de 1963, revoga a de nº 4 e restaura o sistema presidencialista. Diante do quadro político institucional deveras deteriorado, as Forças Armadas intervêm e tomam o poder em 31 de março de 1964[244].

É nesse contexto que foi aprovada a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, conhecida como a "Reforma do Judiciário". Dentre as diversas mudanças, como a institucionalização da Justiça Federal, criou, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais.

A alteração mais considerável foi com relação à alínea *k*[245] do inc. I do art. 101, que facultou à Procuradoria-Geral da República a proposição de representação de inconstitucionalidade também em face de lei federal e de lei estadual, ampliando a faculdade disposta no parágrafo único do art. 8º, de molde a consagrar de vez o modelo abstrato de controle de constitucionalidade, com o objetivo precípuo de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconvenientes e defender diretamente o sistema jurídico objetivo[246].

Ampliou ainda mais o controle ao prever – no art. 19, que acrescentou o inciso nº XIII[247], ao art. 124 da Constituição – a instituição, em lei, de processos de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para fins de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato de municípios, contrários à Constituição dos Estados. Contudo, esta inovação ao chegou a ser posta em prática, vez que não foi elaborada qualquer legislação neste sentido[248].

---

[244] BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 195-196.

[245] Alínea *k* – a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

[246] MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 97.

[247] Inciso XIII – a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado.

[248] BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 144.

6 A Constituição de 1967/1969 e o controle de constitucionalidade das leis

A Constituição de 1967, promulgada já sob o regime dos militares que governavam o país, reproduziu todos os dispositivos da de 1946, no que diz respeito ao instituto do controle de constitucionalidade, e também manteve parte das disposições da Emenda Constitucional de 1965, deixando de reproduzir apenas a inovação que permitia a criação de processos de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato de municípios, contrários à Constituição dos Estados. Outra mudança foi a transferência do Congresso para o Presidente da República relativa ao poder de suspender o ato ou lei declarado inconstitucional pelo STF, quando a suspensão fosse suficiente para restabelecer a normalidade[249]. Em outras palavras, manteve-se praticamente intocado o controle difuso e o mesmo se pode dizer a respeito do controle via ação direta de inconstitucionalidade.

Entre as disposições contidas no Texto, destaca-se o art. 114, inc. I, alínea *l*[250], que determina a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, dispositivo que refletiu inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. De fato, foi um grande avanço no desenvolvimento do modelo abstrato de controle de constitucionalidade.

Merecem referência também as seguintes Emendas Constitucionais: i) a de nº 1, de 1969, que regulou o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no

---

[249] BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 144.

[250] Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967: art. 114 – Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar, originariamente: (...) l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

município (art. 15, § 3º, d[251]); e ii) a de nº 7, de 1977, que deu legitimidade ao Procurador-Geral da República para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal no caso de representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 119, I, *e*[252]), de molde a evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta interpretação da lei. Esta Emenda também encerrou a discussão que havia sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo, expressamente, a competência da Suprema Corte para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República (art. 119, I, *p*)[253].

7 A Constituição de 1988: tendência à objetivação do controle difuso

De acordo com o eminente jurista Gilmar Mendes, tanto a doutrina quanto a jurisprudência sempre trataram a representação interventiva – antecessora do controle abstrato de leis no direito brasileiro – como sendo um típico processo de controle abstrato de normas, ainda que ela configurasse uma peculiar forma de composição de conflitos federativos. Tanto é que em uma de suas primeiras decisões, a Suprema Corte firmou o entendimento que aquele novel instituto tinha como objetivo a apreciação abstrata da constitucionalidade de uma lei estadual[254].

Como visto, ao lado da representação interventiva, a Emenda nº 16, de 1965, criou o controle abstrato de normas, ao possibilitar a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual,

---

[251] Art. 15, § 3º - A intervenção nos Municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando: (...) d) o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover à execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

[252] Art. 119 – Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar originariamente; (...) e) os conflitos de jurisdição entre quaisquer Tribunais e entre Tribunal e juiz de primeira instância a ele não subordinado.

[253] MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 97.

[254] MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 46.

encaminhada pelo Procurador-Geral da República, limitada, pois, em sua iniciativa.

Existia um grande debate em torno do monopólio por parte do Procurador-Geral da República em propor a representação de inconstitucionalidade, o que, entretanto, não gerou qualquer mudança na orientação jurisprudencial que era consolidada sobre o assunto. Ocorre que a discussão foi essencial para a alteração introduzida na Constituinte de 1988, vez que, ao lado do PGR que teve assegurado o seu direito de propor a ação de inconstitucionalidade, houve uma significativa ampliação do direito de propositura da ação direta[255].

Parece que com essa ampla legitimação, notadamente a diferentes órgãos da sociedade, para propor o controle abstrato de leis (art. 103, CF[256]), quis o constituinte reforçar esse meio de controle no ordenamento jurídico brasileiro, de molde a corrigir o sistema geral incidente, mesmo que com isso tenha se concretizado uma mudança substancial – não se pode dizer que foi desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no país. Isso porque a Constituição de 1988, ao permitir que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas diretamente ao Supremo Tribunal mediante processo de controle abstrato, aliado à ampliação do rol de legitimados para a sua propositura, acabou reduzindo o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, restringindo sobremaneira sua amplitude[257].

O fato é que o modelo de controle abstrato de leis, com seu amplo rol de legitimados, permite uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz, isso sem mencionar a possibilidade de suspensão imediata do ato normativo

---

[255] MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 97.

[256] Constituição de República Federativa do Brasil, de 1988: art. 103 – Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governo de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

[257] MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 98.

questionado mediante pedido cautelar. Assim, não causa espanto de as questões mais relevantes serem discutidas, quase na totalidade das vezes, através da ação direta.

Além do mais, no art. 103, § 2º[258], tem-se a possibilidade de controle abstrato da omissão legislativa inconstitucional – ação direta de inconstitucionalidade por omissão –, bem como, através da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, foi determinada a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com o mesmo amplo rol de legitimados da ação direta de inconstitucionalidade, processo cuja decisão definitiva de mérito, que afirma com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, de molde a impedir a sua inobservância sob o argumento de inconstitucionalidade por quem quer que seja, inclusive por órgãos do Judiciário e do Executivo.

Quanto a este ponto, esclarecedora é a passagem do eminente constitucionalista Gilmar Mendes:

> Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.
> A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente,* mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.
> (...)
> A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam solidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado[259].

---

[258] Constituição de República Federativa do Brasil, de 1988: art. 103, § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

[259] MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 98.

Fato é que a Constituição da República de 1988 estabeleceu um rol demasiado de legitimados para a propositura das ações do controle concentrado. Ademais, as Emendas Constitucionais nºs 3 e 45 tornaram ainda maior a complexidade desse sistema, de modo que coube aos estudiosos tornar harmônica a convivência entre os remanescentes mecanismos difusos de controle e a tendência, cada vez mais forte, de objetivação do sistema de controle brasileiro como um todo.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, foi exposto que no Brasil, de fato, convivem o sistema objetivo de controle, que tem como finalidade principal a eliminação de uma lei contrastante com a Constituição e, logo, a depuração do ordenamento jurídico e aqueloutro, centrado diretamente na defesa dos direitos fundamentais subjetivos.

Logicamente, nem sempre foi assim, desde a primeira Constituição adotada no Brasil Império, outorgada em 1824, cujo sistema de controle de constitucionalidade não era realizado pelo Poder Judiciário, mas pelo Legislativo, a quem cabia a guarda da Constituição, até a última, promulgada em 1988, o que se nota é que, em razão da influência norte-americana, o controle jurisdicional das leis no Brasil iniciou por meio do controle difuso.

O controle abstrato consolidou-se, efetivamente, na Carta de 1946, cuja iniciativa para a proposição da arguição de inconstitucionalidade era privilégio do Procurador-Geral de Justiça. Porém, ganhou força a ponto de atualmente constatar-se a tendência cada vez maior à adoção deste sistema com o amplo rol de legitimados disposto nos incisos do artigo 103 da Constituição Federal de 1988.

Diante desse quadro, o que se verifica é que o Supremo Tribunal Federal tem assentado entendimento no sentido de que a competência descrita hoje no art. 52, inc. X, da Constituição de 1988, supostamente vem perdendo o

seu significado institucional e sistemático que lhe sustente a manutenção, de molde a se tornar perempto em face das alterações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e, em particular, em face da jurisprudência que vem sendo construída pelo próprio STF em torno dos elementos que compõem o sistema difuso de controle.

Ademais, tendo em vista o grau avançado em que se encontra o processo de objetivação do controle difuso e, logo, a sobreposição entre as duas modalidades de controle, faz-se necessário manter o equilíbrio entre os poderes dentro da estrutura institucional do país para que não se instale no Brasil a denominada "juristocracia" [260], conceito desenvolvido pela doutrina norte-americana.

Referências bibliográficas

BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil,* in: NEQUETE, Lenine (coord.). *O Poder Judiciário e a Constituição,* Porto Alegre: Coleção AJURIS 4, 1977, p. 127-183.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LÚCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade,* Brasília, a. 31, n. 121, p. 185-188, jan./mar. 1994.

---

[260] A respeito da tese segundo a qual caminha o estado democrático contemporâneo para uma Juristocracia, cf., exemplificativamente, Ran Hirschl, *Towards juristocracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2004; Carlo Guarnieri, *et al*., *The power of judges: a comparative study of courts and democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2002 e Alec Sweet, *Governing with judges*, Oxford: Oxford UK, 2000. Cf., ainda, Kim Scheppele, *Democracy by judiciary,* disponível em: http://law.wustl.edu/higls/conferences/ConstitutionalConf/papers/ScheppelePaper.pdf, acesso em: 31-7-2012, falando em "*courtocracy*".

MENDES, Gilmar Ferreira, *O Papel do Senado no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade da Lei. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade,* Brasília, a. 32, n. 126, p. 87-102, abr./jun. 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle de constitucionalidade*. Caderno de Direito Constitucional. Porto Alegre. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição.* 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lênio Luiz (et al.), A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional, disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15607-15608-1-PB.pdf, acesso em: 10-01-2012.